

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

L'APPARENCE

DANS LE PROBLÈME DES QUALIFICATIONS JURIDIQUES

ÉTUDE DE DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue publiquement

dans la Salle des Actes de la Faculté de droit, le mardi 6 janvier 1931

PAR

Jean-Ch. LAURENT

Lauréat de la Faculté de Caen

Président : M. PERREAU, *professeur*

Suffragants { MM. GOMBEAUX }
 { LEPARGNEUR } *professeurs*

CAEN

IMPRIMERIE CAENNAISE, 16, rue Froide

1931

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

L'APPARENCE

DANS LE PROBLÈME

DES QUALIFICATIONS JURIDIQUES

ETUDE DE DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue publiquement
dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit le mardi 6 janvier 1934

JEAN-CL. LAURENT

Docteur en Droit

Président : M. LEBLANC, professeur
Soutenu par : M. LEBLANC, professeur
M. LEBLANC, professeur

CAEN

IMPRIMERIE GARNIER, 17, rue DROUOT

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

L'APPARENCE

DANS LE PROBLÈME

DES QUALIFICATIONS JURIDIQUES

ÉTUDE DE DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue publiquement

dans la Salle des Actes de la Faculté de droit, le mardi 6 janvier 1931

PAR

Jean-Ch. LAURENT

Lauréat de la Faculté de Caen

Président : M. PÉRREAU, *professeur*

Suffragants { MM. GOMBEAUX
LEPARGNEUR } *professeurs*

CAEN

IMPRIMERIE CAENNAISE, 16, rue Froide

—
1931

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1930-1931

Doyen :

M. HENRY NEZARD (*, I. ☉)

Doyen honoraire :

M. EUSTACHE PILON (*, I. ☉)

Assesseur du Doyen :

M. GOMBEAUX (I. ☉)

Professeur honoraire :

MM. CABOUAT (O. *, I. ☉)

GENESTAL (I. ☉)

Professeurs :

MM. DEGOIS (I. ☉), professeur de Droit criminel, chargé du cours de Droit maritime.

NÉZARD (*, I. ☉), professeur de Droit administratif, chargé d'un cours de Législation minière.

GOMBEAUX (I. ☉), professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit international privé.

BRIDREY (I. ☉), professeur de Droit romain.

LEPARGNEUR (A. ☉), professeur de Droit commercial, chargé d'un cours de Notariat et Enregistrement.

NOYELLE (A. ☉), professeur d'Economie politique.

LEMONNIER, (A. ☉), professeur de Droit civil.

PERREAU, professeur de Droit civil.

DEMONTÈS, professeur de Procédure civile et de Voies d'exécution, chargé du cours de Droit civil approfondi et comparé.

LAMPUÉ, professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel.

YVER, agrégé, chargé du cours d'Histoire du Droit français et du cours d'Histoire de la Coutume de Normandie.

SAINT-GERMÈS, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique et du cours d'Histoire des Doctrines économiques.

BESNIER, chargé d'un cours de Droit romain.

Secrétaire :

ADDE (I. ☉), secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



Nous tenons à remercier nos professeurs qui nous ont donné la première idée de ce travail, des encouragements et des conseils qu'ils nous ont prodigués. Nous leur demandons de trouver ici l'expression de notre respectueuse et profonde reconnaissance.

PRINCIPALES ABBREVIATIONS

Ann. Dut. comm.	Annales de Droit commercial.
Civ.	Chambre civile.
Clunet	Journal de Droit international privé.
Cr.	Chambre criminelle.
D. H.	Dalloz hebdomadaire.
D. P.	Dalloz périodique.
D. mar. int.	Le Droit maritime français (Supplément à la Revue de Droit maritime comparé).
Gas. Pal.	Gazette du Palais.
Gas. Trib.	Gazette des Tribunaux.
Pa. fr.	Pantheon français.
M. J. D. int.	Revue internationale de Droit maritime.
Prop.	Chambre des Propriétaires.
Rev. ext.	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. trim.	Revue trimestrielle de droit civil.
S.	Sirey.
Sol. impl.	Solution implicite.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Ann. Drt. comm. . .	Annales de Droit commercial.
Civ.	Chambre civile.
Clunet	Journal de Droit international privé.
Cr..	Chambre criminelle.
D. H.	Dalloz hebdomadaire.
D. P.	Dalloz périodique.
Dr. mar. fr. . . .	Le Droit maritime français (Supplément à la Revue de Droit maritime comparé).
Gaz. Pal..	Gazette du Palais.
Gaz. Tr.	Gazette des Tribunaux.
Pand. fr.	Pandectes françaises.
R. i. D. m.	Revue internationale de Droit maritime.
Req..	Chambre des Requêtes.
Rev. crit	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. trim.	Revue trimestrielle de droit civil.
S.	Recueil Sirey.
Sol. impl..	Solution implicite.

BIBLIOGRAPHIE (1)

- AGATSTEIN. — *Le Dol des Incapables à l'occasion d'un contrat*, thèse Paris, 1927.
- BARTIN. — *Théorie des contre-lettres*, thèse Paris, 1885.
- BÉZARD-FALGAS. — *De la négociation des titres nominatifs*, Paris, 1921.
- *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et obligations nominatives*, Paris, 1924.
- BIVILLE. — *Les conséquences de la mauvaise foi du second acquéreur d'un immeuble qui a transcrit son contrat le premier*, Paris, 1893.
- BOISSONADE. — *Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la Transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaire*, Rev. pr. drt. fr., t. XXX (1870), p. 537 et s.
- *Réponse à M. Garsonnet*, id., t. XXXI (1871), p. 259 et s.
- BONNÉCASE. — *Supplément au traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie, etc.*, 5 vol. parus. Paris, 1924-1929.
- BOUTERON. — *Le Chèque. Théorie et Pratique*, Paris, 1924.
- BRETHE. — *Théorie juridique des titres à ordre*, Rev. trim., 1926, p. 637 et s.
- BRETON. — *Des effets civils de la Bonne Foi*, Rev. crit. 1926, p. 86 et s.
- CAMPION. — *De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié*, thèse Lille, 1909.
- CAPITANT. — *Note au D. P. 1918.1.33, sous Civ.*, 23 avril 1918.
- *De la cause des obligations*, 2^e éd., Paris, 1924.
- CHÉRON. — *Note au D. P. 1928.2.81, sous Besançon*, 29 avril 1927.

1. Les traités généraux qu'il est de coutume de désigner en notes par le nom de leurs auteurs sans autres mentions bibliographiques ne sont pas relevés dans cette liste.

- CRÉMIEU. — *De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent*, Rev. trim. 1910, p. 39 et s.
- DABIN. — *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, 1929.
- DANJON. — *Traité de droit maritime*, t. 1^{er} (2^e éd., LEPARGNEUR), Paris, 1926.
- DEMOGUE. — *Note aux Pand. fr.*, 1903.2.209, sous Tr. civ. Grenoble, 25 juin 1902.
- *Les notions fondamentales de droit privé. Essai critique*, Paris, 1911.
- *Traité des obligations en général. I. Source des obligations*, 5 vol., Paris, 1923-1925.
- DESBOIS. — *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, thèse Paris, 1927.
- DESCHAMPS. — *Le dol et la faute des incapables*, thèse Paris, 1889.
- DUEZ. — *La renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*, thèse Lille, 1914.
- ESCARRA. — *Les lettres de change en blanc*, Ann. drt. comm., 1908, p. 209 et s.
- ESMEIN (A.). — *Notes au S.* 1885.4.9, sous Haute-Cour des Pays Bas 24 mars 1884; S. 1888.1.257 sous Req., 16 février 1887.
- ESMEIN (P.). — *Etude juridique sur le régime des titres à ordre et au porteur*, Rev. trim., 1921, p. 5 et s.
- *Notes au S.* 1921.1.313, sous Req., 28 juillet 1919 et 26 avril 1921; et au S. 1923.2.59, sous Paris, 1^{er} février 1923.
- FLANDIN. — *De la transcription en matière hypothécaire*, 2 vol., Paris, 1861.
- DE FOLLEVILLE. — *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, Paris, 1875.
- GABOLDE. — *Note au D. P.* 1929.2.69, sous Nîmes, 16 mai 1927.
- GARSONNET. — *De la Transcription et spécialement de la mauvaise foi de celui qui invoque le défaut de Transcription*, Rev. pr. drt. fr., t. XXXI (1871), p. 244 et s.
- GÉNY. — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd. 2 vol., Paris, 1919.

- *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., Paris, 1914-1924.
- GORPHE. — *Le principe de la bonne foi*, thèse Paris, 1928.
- GOUBIER. — *La mutation en douane des navires et l'immatriculation des bâtiments de rivière*, thèse Bordeaux, 1919.
- GROUBER. — *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris, 1913.
- GUÉNÉE. — Note au D. P. 1906.1.345, sous Req., 10 janvier 1905.
- GUYARD. — *Etude sur le caractère des nullités des actes juridiques pour vices de forme*, thèse Paris, 1920.
- HUBERT (F.). — *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, thèse Poitiers, 1899.
- HUC. — *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, 2 vol., Paris, 1891.
- JAPIOT. — *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, 1909.
- JAUBERT. — *Des effets civils de la bonne foi*, thèse Paris, 1899.
- JOSSEMAND. — *Les transports*, 2^e éd., Paris, 1926.
- *De l'Esprit des Droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus du droit*, Paris, 1927.
- *Les Mobiles dans les Actes juridiques en droit privé*, Paris, 1928.
- JOZON. — *Des Aliénations consenties par l'héritier apparent*, Rev. pr. drt. fr., t. XIV (1862), p. 378 et s.
- JULLIOT. — *Essai d'une nouvelle théorie sur le titre nominatif et le transfert*, Rev. trim., 1904, p. 31 et s.
- LABBÉ. — Notes : S. 1878.2.33, sous Nancy, 14 juin 1876; S. 1881.2.121, sous Toulouse, 19 août 1880.
- LACOUR. — Notes : D. P. 1912.1.281, sous Req., 17 novembre 1909 et 21 mars 1910; D. P. 1924.2.1, sous Paris, 1^{er} février 1923.
- LAMY. — *De la protection des tiers acquéreurs d'immeubles en cas de résolution du titre de leur auteur*, thèse Paris, 1904.
- LENOIR. — *De la responsabilité du tiré en matière de chèque*, thèse Paris, 1921.
- LESCOT. — *De l'omission de mentions essentielles de la lettre de change*, Ann. drt. comm., 1928, p. 287 et s.

- Notes : S. 1928.1.361, sous Req., 12 mars 1928; S. 1929.1.57, sous Civ., 16 juillet 1928.
- LÉVY. — *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse Paris, 1896.
- *Responsabilité et Contrat*, Rev. crit., 1899, p. 361 et s.
- *Les droits sont des croyances*, Rev. trim., 1924, p. 59 et s.
- LÉVY-ULLMANN. — *Essai sur les titres nominatifs*, Ann. drt. comm., 1897, p. 50 et s., et 117 et s.
- LONIEWSKI. — *Essai sur le rôle actuel de la Maxime : Error communis facit jus*, thèse Aix, 1905.
- LORY. — *Etude sur la tutelle de fait*, thèse Poitiers, 1909.
- LYON-CAEN. — Notes : S. 1894.1.385, sous Req., 27 novembre 1893; S. 1900.1.5, sous Civ., 11 juillet 1899; S. 1904.1.481, sous Civ., 7 août 1900; S. 1908.1.305, sous Civ., 31 octobre 1906; S. 1926.1.97, sous Civ., 5 janvier 1926.
- MASSIGLI. — *Rapport sur la publicité des droits réels autres que les privilèges et les hypothèques*. Procès-verbaux de la Commission extra-parlementaire du Cadastre, t. II (1891-92), p. 541 et s.
- MAZEAUD (H.). — *La Maxime. Error communis facit jus*. Rev. trim., 1924, p. 929 et s.
- MILLIET. — *Des effets de la propriété apparente en droit civil*, thèse Paris, 1901.
- MINARD. — *Le titre nominatif. Nature et fonctionnement*, thèse Paris, 1897.
- MOENÉCLAËY. — *De la Renaissance du Formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, thèse Lille, 1914.
- MOREL. — *Rapport sur le projet tendant à la réforme du registre foncier*, Bull. Soc. Et. légis., 1928, p. 215 et s.
- MORIN. — *La sécurité des acquéreurs de bonne foi et les droits du véritable propriétaire dans les transactions immobilières*, thèse Paris, 1902.
- *La sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la Maxime Error communis facit jus*, Ann. Faculté de Droit d'Aix, 1906, p. 1 et s.

- MOURLON. — *Traité théorique et pratique de la transcription*, 2 vol., Paris, 1862.
- OSIAS. — *L'acte abstrait en droit comparé*, thèse Paris, 1924.
- DE PAGE. — *De l'interprétation des lois*, 2 vol., Paris, 1925.
- PERCEROU. — *Des abus de la raison sociale*, Ann. drt. comm., 1898, p. 118 et s.
- *Notes* : Pand. fr., 1899.1.209, sous Req., 15 novembre 1898; D. P. 1908.1.57, sous Lyon, 25 mars 1905.
- PERREAU (E.-H.). — *Technique de la jurisprudence en droit privé*, 2 vol., Paris, 1923.
- PERRIN. — *La conversion par réduction des titres et des personnes juridiques*, thèse Dijon, 1911.
- PIC (et BARATIN). — *Les sociétés à responsabilité limitée*, Paris, 1927.
- *Note* : D. P. 1929.1.25, sous Civ., 11 avril 1927.
- PICHON. — *De l'inopposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre*, thèse Paris, 1904.
- PIÉDELIÈVRE. — *Des effets produits par les actes nuls*, thèse Paris, 1911.
- RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925.
- *Droit maritime*, 3 vol., 3^e éd., Paris, 1929.
- SALEILLES. — *Essai sur la théorie générale de l'obligation*, 3^e éd., Paris, 1925.
- *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901.
- *De la possession des meubles*, Paris, 1907.
- SAVATIER. — *Notes* : D. P. 1922.1.201, sous Req., 20 février 1922; D. P. 1924.2.9, sous Tr. civ. Seine, 3 mai 1922; D. P. 1926.1.185 sous Req., 6 avril 1925 et Civ., 7 décembre 1925.
- SÉNAC. — *Essai sur la revendication des titres nominatifs*, thèse Toulouse, 1913.
- SUMIEN. — *Essai sur les tuteurs de fait*, Rev. trim., 1903, p. 781 et s.
- THALLER. — *Nature juridique du titre de crédit*, Ann. drt. comm., 1906, p. 5 et s., 110 et s., et 1907, p. 5 et s., 97 et s.
- *Notes* : D. P. 1895.2.25, sous Paris, 17 juillet 1894; D. P. 1896.2.401, sous Tr. civ. Seine, 18 avril 1896; D. P. 1897.2.385,

sous Lyon, 30 mars 1897; D. P. 1902.1.5, sous Req., 5 novembre 1900.

THUILLIEZ. — *Essai historique sur le titre nominatif et sa transmission*, thèse Paris, 1890.

TIMBAL. — *De la cession des titres nominatifs par les modes du droit civil* Rev. crit., 1926, p. 457 et s.

TISSIER. — *Notes* : S. 1892.2.129, sous Paris, 25 mars 1891; S. 1897.2.241, sous Paris, 11 janvier 1895; S. 1897.1.313, sous Civ., 26 janvier 1897; S. 1900.1.449, sous Req., 13 février 1900; S. 1911.1.489, sous Civ., 18 octobre 1909.

TROPLONG. — *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, Paris, 1856.

VALABRÈGUES. — *De la maxime : Error communis facit jus*, Rev. crit., 1890, p. 30 et s.

VIGNERON. — *La fraude dans les transferts de droits*, thèse Paris, 1923.

VOIRIN. — *Note* : D. P. 1929.2.81, sous Bordeaux, 10 décembre 1928.

WAGNER. — *Essai sur la nature juridique du transfert réel et de la conversion au porteur de titres nominatifs*, Rev. trim., 1930, p. 703 et s.

— *Note* : D. P. 1926.1.65, sous Civ., 5 janvier 1926.

WAHL. — *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, 2 vol., Paris, 1891.

— *La maxime : Error communis facit jus. Exposé critique de jurisprudence*, Rev. trim., 1908, p. 125 et s.

— *Notes* : S. 1898.1.113, sous Civ., 7 juillet 1897; S. 1898.2.289, sous Paris, 21 février 1896; S. 1899.1.225, sous Req., 21 mars 1899; S. 1900.2.153, sous Lyon, 30 mars 1897; S. 1900.2.161, sous Lyon, 30 mars 1897; S. 1903.2.153, sous Paris, 11 juillet 1900; S. 1907.1.403, sous Civ., 7 juillet 1907; S. 1907.2.273, sous Paris, 5 juillet 1905; S. 1908.2.185, sous Paris, 7 décembre 1907; S. 1914.2.17, sous Paris, 10 janvier 1912.

WERTHEIMER. — *Des avantages attribués à la bonne foi relativement aux biens en droit civil*, thèse Paris, 1899.

*Non ex regula jus sumatur; sed ex
jure, quod est, regula fiat.*

PAUL, *De Regulis juris*, D. 50.17.1.

Les Codes des peuples se font avec
le temps; mais à proprement parler,
on ne les fait pas.

PORTALIS, *Discours préliminaire au
Code civil*, Fenet, t. 1^{er}, p. 476.

L'APPARENCE

DANS LE PROBLÈME DES QUALIFICATIONS JURIDIQUES

INTRODUCTION

1. — Commentant le texte de Paul que nous avons pris en exergue, M. le Doyen Gény écrivait dans son ouvrage sur la *Méthode d'Interprétation*... « ce n'est pas à la vie sociale à plier devant la théorie juridique. C'est la théorie, au contraire, qui se doit accommoder aux faits et aux exigences de la vie », et un peu plus loin, « sous une autre forme encore, il suffit de rappeler que le droit n'est pas une fin en soi, mais un moyen » (1).

La théorie de l'Apparence n'est, sur un point particulier, que l'application de ces vues; elle résume les tendances modernes vers une conception du droit différente de celle qu'avaient développée les commentateurs du XIX^e siècle.

2. — La réduction du droit à la lettre de la loi est concevable dans une certaine mesure lorsque le texte est récent et ne s'applique encore qu'à des situations sociales identiques à celles qui ont provoqué sa rédaction. Mais elle ne saurait être admise quand plus d'un siècle s'est

1. FR. GÉNY. *Méthode d'Interprétation et Sources en droit privé positif*, éd. 1919, t. I^{er}, n^o 80, p. 186 note 1.

écoulé depuis la rédaction de la loi, alors surtout que ce siècle a vu s'accomplir une révolution économique rapide et profonde.

Il est devenu extrêmement banal de constater que la société moderne n'a plus que peu de points communs avec celle qu'a connue le début du siècle dernier; l'influence de cette transformation se fait sentir à tout instant sur les règles juridiques. Elle tient à de multiples raisons dont nous ne retenons que celles qui nous intéressent particulièrement.

1^o La rapidité plus grande des communications et leur facilité accrue élargissent sans cesse l'espace dans lequel un individu peut normalement se mouvoir; il en résulte des déplacements nombreux, des changements multiples de résidence, dans un très bref laps de temps, parfois même une multiplicité de résidences périodiques parmi lesquels il faut déterminer « le lieu du principal établissement » (art. 102 C. civ.) (1). Des marchés considérables se négocient par lettres, par télégrammes voire par téléphone, avec, en ce cas, confirmation écrite postérieure (2). L'activité normale d'un individu qui était, il y a un siècle, tout au plus régionale, s'étendant dans un rayon de quelques dizaines de kilomètres, est devenue aujourd'hui nationale et même internationale (3); une grande banque,

1. Req. 28 juillet 1919 et 26 avril 1921, S. 1921.1.313; Req. 5 mai 1925, D. H. 1925.367.

2. Req. 14 janvier 1920, S. 1920.1.276, *Gaz. Pal.*, 1920.1.396. — Nîmes, 16 mai 1927, D. P. 1929.2.68, confirmant jugement du Tr. civ. Avignon, 2 décembre 1925, *Gaz. Pal.*, 1926.1.185.

3. Req. 21 mars 1910, S. 1913.1.297; Cr. 3 mars 1923, *Gaz. Pal.*, 1923.1.618. — Alger, 7 juin 1899, D. P. 1901.2.181. Paris, 14 février 1911, *Gaz. Pal.*, 1911.2.92.

par exemple, est en rapports permanents avec le monde entier (1).

2^o En demeurant dans un cadre géographique étroit, il faut constater que les affaires les plus importantes se traitent dans de très grandes villes dont l'étendue croît sans cesse. On n'y connaît nécessairement qu'un nombre infime de personnes. Le banquier, le commerçant ne peuvent connaître personnellement tous leurs clients, car souvent le voisin immédiat est dans le sens le plus complet du mot, un inconnu. Il s'agit là d'observations basées sur les faits. En l'occurrence, en effet, les décisions de jurisprudence permettent de montrer que les espèces les plus caractéristiques se sont presque toutes présentées à Paris ou dans de très grandes villes de province (2).

3^o Sous l'influence des causes qui précèdent le rythme de la vie s'est accéléré dans la mesure même où les rapports

1. Req. 22 juin 1927 rejetant un pourvoi contre Colmar, 9 février 1926, D. H. 1926.309.

2. Il nous suffira de quelques exemples; les paiements sur chèques faux ont donné lieu dans ces dernières années à des décisions émanées des juridictions suivantes : *Paris*, 6 mars 1903, D. P. 1904.2.205; *Paris*, 13 juin 1903, D. P. 1904.2.23; *Paris*, 1^{er} février 1923, S. 1923.2.57, D. P. 1924.2.1; *Riom*, 24 janvier 1924, S. 1925.2.21; *Paris*, 29 janvier 1924, S. 1924.2.16, D. H. 1924.110; *Paris*, 16 décembre 1925, D. H. 1926.89; *Douai*, 4 mars 1926, S. 1926.2.31; *Nancy*, 12 mai 1926, S. 1926.2.83; *Lyon*, 26 juillet 1926, D. H. 1926.474; *Paris*, 8 avril 1927, D. H. 1927.374; *Paris*, 2 janvier 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.1.587; *Paris*, 23 mars 1928, *Ann. Droit comm.*, 1928, p. 63; *Tr. civil Seine*, 21 décembre 1895, D. P. 1896.2.401; *Tr. civil Seine*, 3 janvier 1896, D. P. 1896.2.80; *Tr. civil Seine*, 18 avril 1896, D. P. 1896.2.401 (2^e espèce); *Tr. comm. Seine*, 7 juin 1927, D. P. 1928.2.81 (2^e espèce); *Tr. comm. Marseille*, 12 juillet 1927, D. P. 1928.2.81 (3^e espèce); à cette énumération déjà pertinente nous joignons la jurisprudence fixant les effets du concubinage à l'égard des tiers : *Paris*, 21 novembre 1923, *Gaz. Pal.*, 1924.1.187; *Tr. civil Seine*, 10 décembre 1901, D. P. 1904.2.238; *Tr. paix Paris*, 17 janvier 1908; *Tables Gaz. Pal.*, 1907.1912; *Tr. civil Nice*,

juridiques se faisaient plus complexes. La difficulté de reconnaître à distance ou dans la foule la véritable situation d'un individu s'est aggravée du besoin de rapidité. Qu'en résulte-t-il? « On n'a plus le temps de douter, on *croit*. C'est l'intérêt de chacun, c'est l'utilité de tous. Il y a comme une entente tacite en vue de considérer comme un droit, l'apparence d'un droit. Ne vivons-nous pas en tout de croyance? (1) ».

Les textes de droit privé français avaient été rédigés en vue de situations tout autres. Ils avaient été conçus pour régler les relations juridiques entre personnes voyageant peu, se connaissant toutes, sinon personnellement, au moins par l'intermédiaire des notaires, des avoués, des courtiers. Seuls quelques textes disséminés dans le code civil (art. 1.321 — les contre-lettres — art. 2.005 et s. — le mandataire révoqué — art. 2.279, la possession des meubles), étaient susceptibles de donner satisfaction aux besoins de la pratique moderne.

Pour faire face aux nécessités nouvelles le législateur a modifié quelques dispositions du Code civil (art. 74, 166, 167 qui assimilent sous certaines conditions le domicile et la résidence au point de vue de la publicité antérieure à la célébration du mariage). Des lois importantes, comme celle du 23 mars 1855, ont comblé certaines lacunes du

27 octobre 1909, D. P. 1912.2.246; *Tr. civil Seine*, 10 juillet 1912, *Gaz. Tr.*, 1912 (2^e sem.), 2.377; *Tr. civil Bordeaux*, 9 février 1914, *Rec. Bordeaux*, 1914.3.24; à rapprocher *Tr. civil Seine*, 3 mai 1922, D. P. 1924.2.9.

1. E. LÉVY. *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse Paris, 1896, p. 12.

2. DEMOGUE. *Les Notions fondamentales de droit privé. Essai critique*, Paris, 1911, p. 63 et s.

code. Mais ce sont là des remaniements assez peu nombreux pour que l'adaptation générale reste encore à faire; néanmoins, ils sont intéressants par les transformations qu'ils impliquent. Quant au code de commerce proprement dit il n'a subi qu'une modification provoquée par les mêmes besoins : la loi du 20 janvier 1926 devenue l'alinéa 2 de l'article 442 élargit, pour la porter dans le cadre national la publicité du jugement déclaratif de faillite. Mais l'une des rares institutions que l'Ancien Droit avait créées pour assurer la sécurité des tiers, la règle célèbre de *l'inopposabilité des exceptions*, n'a pas été seulement mentionnée par les rédacteurs du code et à notre connaissance sa consécration par un texte de loi n'a jamais été proposée.

3. — Faute de textes nouveaux en nombre suffisant, quelle devait être la solution du problème que la pratique posait. Fallait-il, niant l'évidence, appliquer la loi comme par le passé? Fallait-il, au contraire, acceptant l'inévitable, d'abord l'assouplir et, quand sa limite d'élasticité est atteinte, juger en dehors d'elle, voire contre elle, en équité?

Il semble qu'après avoir beaucoup hésité devant le dilemme les tribunaux ont élaboré un certain nombre de règles dont la synthèse constitue *la théorie de l'Apparence*.

Elle peut s'énoncer dans les termes que voici :

Les actes qu'a passés une personne trompée par une situation juridique contraire à la réalité mais présentant certaines caractéristiques extérieures de la situation véritable sont définitifs et opposables comme le seraient des actes ayant leur fondement dans des situations entièrement régulières.

Les droits ou les qualités acquis ou conférés à la suite du simple examen de cette situation sont *instantanément* consolidés et produisent leurs pleins effets *erga omnes*.

Lorsque ces droits ou ces qualités s'opposent à l'exercice des droits ou au maintien de la qualité d'un titulaire véritable, irrégulièrement dépouillé, *celui-ci n'est pas admis à contester l'attribution qui en a été faite à ou par un tiers de bonne foi*.

Dans ces dernières hypothèses il y a donc deux droits ou deux qualités superposées ou mieux juxtaposées. Mais ces deux droits ou ces deux qualités ne pouvant s'exercer simultanément, les titres du véritable titulaire sont convertis en l'attribution d'une action personnelle en indemnité dirigée contre celui-là qui a créé à son profit la situation apparente, cause initiale du préjudice. Il y a donc seulement réparation par équivalent qui expose le titulaire véritable de la situation juridique à subir les conséquences de l'insolvabilité éventuelle du titulaire apparent.

Il est évident que la théorie de l'Apparence ainsi formulée, ne peut avoir que des rapports extrêmement lointains avec la notion d'apparence dont le code civil présente quelques applications pratiques (art. 642, al. 2 — ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les eaux; art. 689, al. 2 — servitudes apparentes; art. 1.642 — vice apparent de la chose vendue). Il est, en effet, impossible de découvrir, en ces hypothèses, ce qui caractérise la notion d'apparence telle que nous la définissons : *la contradiction entre l'apparence et la réalité juridique*. Bien au contraire, dans les cas prévus par le code civil l'apparence est la manifestation tangible de la vérité.

La notion d'apparence ainsi présentée soulève deux ordres de questions :

1^o Un conflit de nature très générale : l'opposition entre la *logique* qui exige le respect du droit véritable et l'*utilité* que présente parfois l'efficacité d'une situation apparente.

2^o Un problème strictement juridique d'interprétation des textes légaux.

Formulé en ces termes le conflit est insoluble. L'opposition qui existe entre la raison et l'utilité est, en effet, irréductible. Une discussion aussi prolongée et aussi approfondie fût-elle, ne permettrait d'obtenir aucun résultat. Seules deux notions ayant une commune mesure sont comparables. Or, la liaison entre les deux termes du problème est des plus aisées à établir, car le respect de la réalité juridique présente, dans une société policée, une indéniable *utilité*. Ce sont donc en définitive deux notions d'utilité qui s'affrontent et — ceci est très important — chacune d'elles correspond à un type différent de société. La réalité juridique sera *toujours* préférée à l'apparence dans une société où les transactions sont rares, où la prospérité est faite du maintien des situations existantes. La notion d'apparence sera, au contraire, jugée indispensable dans une société où les affaires sont actives et demandent à être conclues rapidement, où la prospérité se mesure au nombre des transactions. Celui-ci sera évidemment fonction de la sécurité et de la facilité que procureront les règles de droit. Le conflit philosophique que pose la notion d'apparence ne peut donc se résoudre que sur le terrain *économique*. L'apparition de l'Apparence, en tant que notion juridique indépendante, se trouve donc liée à un

stade de l'évolution économique où la préoccupation dominante est d'assurer la sécurité toujours plus grande des transactions.

Mais il ne faudrait pas croire que la théorie de l'Apparence, à cause de son fondement, soit complètement étrangère à toute notion de morale. *La bonne foi* du tiers qui invoque l'Apparence est, en effet, une condition essentielle de l'application de la théorie. La notion d'apparence pourrait donc prendre rang parmi les applications les plus caractérisées de la morale dans le droit moderne. Cette constatation n'est pas sans importance car elle implique que la morale et l'utilité économique ne sont pas toujours incompatibles.

Quant au problème juridique, il est provoqué par les importantes dérogations que subissent les principes du droit commun. Sont-elles facilement acceptées? Comment peuvent-elles être réalisées?

L'on se trouve parfois en présence de longues séries d'arrêts se rapportant à des cas d'espèces semblables. A l'origine, les décisions sont contradictoires, on a l'impression de tâtonnements successifs créant, à coup sûr, de l'incertitude là où l'on voudrait mettre de la sécurité. Cependant, il ne faudrait pas s'exagérer les hésitations de la Jurisprudence (1); assez rapidement, en effet, on voit se

1. De 1815 (Req., 3 août 1815, S. 1815-1818.1.86) à 1930 (Req., 6 janvier 1930, D. H. 1930.49) il n'y a pas un seul arrêt *de la Cour de cassation* qui ait refusé la validité des actes de l'héritier apparent à l'égard d'un tiers de bonne foi — seuls les motifs ont évolué. Du jugement du Tribunal civil de la Seine du 10 décembre 1901 (D. P. 1904.2.238) à l'arrêt de la Cour de Paris du 21 novembre 1923 (*Gaz. Pal.*, 1924.2.187) nous ne connaissons aucune décision qui ait refusé de rendre le concubin responsable des achats effectués par la concubine, sous certaines conditions

dessiner entre les décisions éparses un lien ténu qui s'affirme; à la même difficulté de principe, les tribunaux tendent à donner la même solution. La nouvelle règle juridique est en voie de formation et peut être même définitivement fondée.

Sans doute, ne s'agit-il pas, fait-on observer : « de créer le droit objectif, c'est-à-dire une règle juridique abstraite valable dans l'avenir et s'imposant à tous. Ce serait admettre que la coutume contraire à la loi peut constituer une véritable source de droit » (1). Néanmoins, consacrer l'apparence d'un droit ou mieux la préférer au droit lui-même, n'est-ce pas violer délibérément la loi? N'est-ce pas non seulement faire triompher l'erreur contre la vérité mais encore et plus exactement détruire le système légal pour le remplacer par un autre système purement pratique, purement coutumier?

Une jurisprudence constante n'équivaut pas, *en droit*, à un arrêt de règlement (2). *En fait*, on peut se demander où est la règle, dans la loi, texte mort, ou dans une juris-

qui n'ont pas varié. Bien rares sont les décisions qui admettent la revendication des titres nominatifs contre des tiers de bonne foi, l'arrêt de la Chambre civile du 18 octobre 1909 (D. P. 1910.1.462, S. 1911.1.489) en est le seul exemple récent, car il n'a pas fait jurisprudence, pour des raisons que nous indiquerons plus tard; le jugement du tribunal civil de la Seine en date du 11 mars 1929 (S. 1929.2.89) ne fait pas exception à la règle de la non-revendication. Enfin la Chambre des Requêtes, du 10 mars 1879 (S. 1879.1.465) au 5 mai 1925 (D. H. 1925.367), suivie par les juridictions inférieures (Douai, 26 octobre 1898, D. P. 1900.2.236; Tr. civil. Bordeaux, 21 février 1894, D. P. 1895.2.33) a *toujours* très libéralement admis la validité du domicile apparent.

1. H. MAZEAUD. *La Maxime « Error communis facit jus »*, Rev. trim., 1924, p. 951.

2. «... A défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables,

prudence constante. Ces questions présentent surtout un grand intérêt pour le juriste qui veut discerner l'importance de la loi dans le droit moderne.

Quant à nous, il nous suffira de constater présentement que les tribunaux chargés d'appliquer la loi et tenus de la respecter, ont été cependant amenés à juger en dehors d'elle et parfois contre elle, sans toutefois soulever de graves critiques d'ordre constitutionnel ou politique.

4. — L'analyse de la société moderne leur révélait, en effet, d'une part, le besoin sans cesse plus grand de sécurité, d'autre part, la difficulté croissante que l'on rencontre pour se renseigner d'une façon précise sur le cocontractant. Partant de ces idées qui sont à la base de toutes leurs décisions, les tribunaux les ont rendues efficaces en les masquant au moyen d'artifices très subtils qui, tout en restant plus ou moins étrangers aux vrais motifs de la décision, permettent cependant de la rattacher à un texte de loi.

Il en est un particulièrement utilisé qui consiste à reconnaître *en faute* (1) la partie à qui l'on veut donner tort pour des raisons extrajuridiques. La faute civile est, en effet, une notion fuyante, sans contours nettement définis, qui s'adapte à la plupart des circonstances car il

une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi » (PORTALIS. *Discours préliminaire sur le projet de la Commission du gouvernement*, Ferret, t. 1^{er}, p. 471).

1. Cette idée a été soutenue en doctrine dès 1862 par JOZON (*des Aliénations consenties par l'héritier apparent*. Revue pratique de droit français, t. XIV, 1862); le système de cet auteur consistait à refuser la revendication au propriétaire quand c'était son imprudence ou sa négligence qui avait amené le tiers acquéreur à contracter (v. notamment *op. cit.*, p. 389). M. E. LÉVY (*Responsabilité et Contrat*. Rev. crit., 1899, p. 370 et s.) a construit la notion de « légitime confiance trompée »; à aller au fond des choses c'est un autre aspect de l'idée de faute (A. COLIN

n'est guère d'attitudes que l'on ne puisse critiquer : *en faute*, a-t-on dit, l'héritier véritable pour ne s'être pas révélé assez vite; *en faute*, le mandant qui n'a pas pris de mesures pour faire connaître aux tiers les restrictions qu'il apportait aux pouvoirs normaux de son mandataire; *en faute*, encore, le concubin qui a laissé la concubine prendre son nom.

Dans la plupart des cas cette interprétation des faits peut être vraisemblable mais elle n'en est pas moins quelque peu tendancieuse; elle conduit presque toujours à étendre les obligations juridiques d'un individu sans cependant les rendre exorbitantes. Mais il arrive aussi, et c'est alors que le caractère arbitraire et artificiel du procédé éclate, que la faute soit, en raison, manifestement absente, ou si légère que la sanction en est *moralement disproportionnée*. Il est patent qu'en ces hypothèses, la notion de faute n'intervient plus que pour légaliser une décision qui, sans cet expédient, n'aurait pas pu s'imposer.

Il n'est pas douteux qu'en réalité, par l'amenuisement de la notion de faute, on arrive à appliquer la théorie des risques (1), illégale dans ces hypothèses et imparfaitement dissimulée par une qualification inexacte. — Ce procédé n'est, d'ailleurs, efficace que dans la mesure où il est artificiel. La diversité des espèces, en effet, ne permet pas d'éta-

et CAPITANT, t. II, p. 378, 4^e éd.). Quant à M. MORIN (*La Sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime Error communis*. Annales d'Aix, 1906, p. 1 et s.), il fait appel à la théorie de l'abus du droit et d'après lui « la responsabilité du propriétaire est basée sur cette idée qu'il a nui et parfois même tendu un piège à la croyance nécessaire à l'action des hommes » (*op. cit.*, p. 32).

1. R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 77 et 78, note 2.

blir de règle juridique précise quand l'appréciation de la faute n'est pas arbitraire. Nous serons à plusieurs reprises à même de le constater.

L'évolution ainsi obtenue par la dégradation incessante d'une notion juridique est encore sensible en d'autres hypothèses où il s'agit également de favoriser *les tiers qui ont cru*. Qu'est-ce, par exemple, qu'une manœuvre frauduleuse? L'expression est souvent employée par les arrêts. Nous aurons l'occasion de voir, au cours de notre étude, que, sous ce vocable, on groupe des éléments fort divers qui deviennent, semble-t-il, toujours plus faciles à réaliser.

Quand ces méthodes ne permettent pas d'obtenir des solutions satisfaisantes, les tribunaux emploient un autre procédé qui consiste à recourir aux maximes et brocards qui nous viennent du droit romain ou de l'ancien droit. L'adage dont ils font usage dans la plupart des cas, pour étayer la théorie de l'apparence, est la maxime bien connue : *Error communis facit jus*. Elle a souvent été utilisée, notamment quand il est difficile de discerner une faute dans la conduite de l'héritier apparent; elle a servi, également, en matière de liquidation des congrégations. Tout récemment encore la Cour de Nîmes s'en inspirait en confirmant un jugement du tribunal civil d'Avignon qui en faisait expressément mention (1).

Quelle opinion que l'on puisse avoir sur la valeur scientifique de la maxime *Error communis*, il n'est pas douteux que son application a rendu et rendra encore de très

1. « Que la maxime *Error communis facit jus* doit trouver son application dans les transactions qui sont intervenues... etc. » (Tr. civil Avignon 2 décembre 1925, *Gaz. Pal.*, 1926.1.185).

grands services. Ce n'est que grâce à elle qu'il a été possible d'introduire en droit français un certain nombre de solutions. Elle fournit, en effet, un argument de portée très générale et surtout un argument qui se rattache par ses origines aux sources les plus anciennes de notre droit. C'est, en quelque sorte, par son intermédiaire la tradition qui se rénove pour susciter de nouvelles solutions. A cet égard, le procédé est très utile, mais du point de vue scientifique, quelle est sa valeur?

D'aucuns (1) ont tenté de donner à la maxime *Error communis* une base légale. Le Conseil d'État s'y réfère, en effet, dans un avis datant de 1807 et dont le *dispositif*, d'après la Constitution de l'époque, avait force de loi. Mais cette proposition contient, en elle-même, sa propre réfutation. La maxime ne figure, en effet, que dans les *motifs* de l'avis; cette opinion ne saurait donc être retenue (2).

Ne faut-il pas plutôt considérer que l'adage *Error communis* a la même valeur que la plupart des autres brocards que nous ont légués le droit romain et l'ancien droit? Elle constituerait un simple argument de raison, ou la synthèse, en une forme particulièrement bien frappée, d'argumentations dont il serait plus ou moins aisé de trouver, *dans la loi*, les divers éléments.

Tel est actuellement le cas de la plupart des maximes et il semblerait bien que la règle *Error communis* dût être réduite à ces proportions.

1. VALABRÈGUES. *De la Maxime Error communis*. Rev. crit., 1890, p. 30 et s.

2. WAHL, *note* au S. 1907.1.403, sous Civ., 17 juillet 1907.

En fait, cependant ce brocard a été appelé à jouer un tout autre rôle. Les tribunaux n'en ont recherché « ni l'origine, ni le sens, et n'ont même pas essayé d'en démontrer l'exactitude » (1). Pour cette raison, ils en ont fait, non pas une manière facile de présenter des *arguments légaux*, mais *la forme latine d'arguments extra-juridiques très modernes que M. Demogue a résumés en deux mots : la sécurité dynamique* (2). C'est ici que l'artifice devient évident. Prise en elle-même, cette explication serait jugée, par certains, insuffisante. Mise sous sa forme latine, elle est estimée efficace. Aucun tribunal, à notre connaissance, n'a osé développer les seuls motifs *économiques* de sa décision; mais le résultat désiré est obtenu en invoquant la maxime *Error communis* qui repose exactement sur les mêmes données matérielles et les mêmes exigences pratiques. La valeur scientifique de la maxime ainsi utilisée est exactement celle des arguments extra-juridiques qu'elle dissimule (3). Cet appel à la tradition n'est que le masque fragile d'une violation de la loi, comise en vue de protéger un intérêt dont la sauvegarde paraît souhaitable.

On pourra reprocher à notre analyse de conduire à une position purement rationnelle, à *un point de vue de législa-*

1. WAHL. *Sur la Maxime Error communis*. Rev. trim., 1908, p. 126.

Depuis lors, la méthode ne s'est pas modifiée; les termes du jugement que nous citons (note 1, p. 12) en est la preuve suffisante.

2. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 63 et s.

« La justification de la règle *Error communis facit jus* se trouve dans les nécessités des affaires, dans la sécurité dynamique. » DEMOGUE, *Les obligations*, t. I^{er}, n° 279, p. 457.

3. Cette manière de voir n'est pas repoussée par les auteurs modernes qui s'attachent surtout aux raisons pratiques. Sur la validité des actes

tion. L'observation est exacte. Mais beaucoup d'applications de la notion d'apparence imposent cette attitude. Pour faire entrer leurs décisions dans le cadre des codes les tribunaux ont été contraints d'utiliser des artifices. Il ne saurait leur en être fait grief. Il est indispensable, cependant, de ne pas se laisser abuser sur le caractère légal ou scientifique des procédés qu'ils emploient.

L'apparence ne se présente sous son vrai jour qu'après avoir été dépouillée de toutes considérations accessoires. Celles-ci n'ont, peut-être qu'un intérêt transitoire qui disparaîtrait si la notion d'apparence acquérait une pleine individualité. Est-il possible qu'elle devienne une idée se suffisant à elle-même dont l'indépendance complète serait reconnue par tous? L'affirmer *à priori* serait aussi téméraire que de le nier.

Seule, l'expectative est une attitude raisonnable. C'est vraiment trop préjuger l'avenir que déclarer inévitable telle ou telle solution.

.

Avant de terminer cette introduction il est indispensable de faire une observation :

La *méthode inductive* nous a semblé la seule qui permet d'obtenir des résultats satisfaisants. Nous n'ignorons pas que la *méthode déductive*, est, en matière juridique, la plus employée; d'aucuns diraient même la seule à employer. Il en est ainsi quand la règle théorique est établie par la

de l'héritier apparent, cf. notamment PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON. *Les Successions*, n° 345, p. 413 et s. Pour ces auteurs « il y a là seulement une manifestation de l'attraction des *nécessités positives* sur les règles de droit » *loc. cit.*

loi. De la disposition abstraite il est possible de dégager les applications pratiques. En ce qui concerne l'apparence, au contraire, la loi ne contient aucune idée générale qui puisse servir de directive. Seuls quelques textes peuvent se rattacher à cette notion et encore ne font-ils que consacrer purement et simplement quelques solutions. Force est donc d'étudier les faits avant de pouvoir formuler une règle de droit.

Nous avons par conséquent recherché dans le droit civil et commercial *français* quelles étaient les hypothèses où un tiers pouvait acquérir du titulaire apparent d'une situation juridique *un droit instantanément consolidé*. Nous avons ensuite réparti les résultats de nos observations sous quatre rubriques générales :

- 1^o L'apparence dans la Propriété immobilière;
- 2^o L'apparence dans la Propriété mobilière;
- 3^o L'apparence dans le droit de la Représentation;
- 4^o L'apparence dans le droit des Personnes.

Puis en possession de ces faits nous avons abordé la systématisation. La question se posait en ces termes : quelles sont les circonstances qu'il est nécessaire de réunir pour que les faits sus-indiqués se produisent? C'est sur la réponse à faire à cette question qu'a porté notre effort principal.

PARTIE PRÉLIMINAIRE

LES FAITS. LES SOLUTIONS

CHAPITRE PREMIER

L'APPARENCE DANS LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

5. — L'introduction de la notion d'apparence dans le concept de propriété immobilière a complètement bouleversé l'économie des règles de transmission.

La propriété immobilière libérée par la Révolution de ses entraves féodales — *complexum feudale* — qui, dans les dernières années de l'Ancien Régime, avaient fait l'objet de critiques véhémentes, s'est trouvée, par réaction, consacrée sous sa forme absolue. « On en força les caractères pour mieux en assurer la solidité. Au point de vue technique la conception romaine du *droit sur la chose* constituait, d'ailleurs, un moyen adéquat au but sentimental » (1). C'était, certainement, la forme de propriété immobilière qui correspondait le mieux à l'*individualisme* des hommes de la Révolution française (2); c'était elle aussi qui concrétisait le mieux les théories

1. DE PAGE. *De l'Interprétation des lois*, 2 vol., Bruxelles, Paris, 1925, t. II, p. 177.

2. AUBRY et RAU, t. II, p. 254 et 255, 5^e éd.; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU. *Les Biens*, p. 152, 3^e éd.; DEMANTE, t. II, n^o 379; DEMO-

physiocratiques dont le crédit n'était pas encore complètement épuisé. Les premiers commentateurs du code civil, dominés par cet état d'esprit et imprégnés de droit romain, s'emparèrent de l'article 554 (C. civ.) et construisirent la théorie de la propriété, droit absolu et inviolable, ils en précisèrent les effets qu'ils poussèrent jusqu'aux extrêmes. Boissonade résumait les points essentiels de cette doctrine sous une forme tranchante : « Le droit de propriété est le droit *réel* par excellence, c'est-à-dire qu'il constitue un rapport immédiat et direct de l'homme à la chose, un rapport absolu *erga omnes*, opposable à tous, à l'égard duquel tous autres que les propriétaires sont sujets passifs » (1). Trente ans plus tard, Sarrut, dans une note de jurisprudence exprimait les mêmes idées en des termes moins abstraits, mais aussi absolus : « Le droit de propriété est inviolable, *absolu*, perpétuel..., le droit de propriété tient *absolument* à l'ordre public... le maintien du droit de propriété est exigé dans un intérêt social... (2) ». Tout ce mouvement n'allait pas, parfois, sans un certain mysticisme dont la Déclaration des Droits de l'Homme avait donné l'exemple en faisant de la propriété un droit « inviolable et sacré » (art. 17); à plusieurs reprises dans le cours du XIX^e siècle le même qualificatif se retrouve (3). Cette tournure d'esprit vraiment signi-

LOMBE, t. IX, n^{os} 542 et s.; MARCADÉ, t. II, p. 406; PLANIOL, RIPERT et PICARD. *Les Biens*, p. 9 et 215.

1. BOISSONADE. *Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription*. Revue pratique de droit français, 1870, t. XXX, p. 547.

2. SARRUT, note au D. P. 1900.1.33 sous Civ., 26 janvier 1897.

3. Rennes, 12 août 1844, S. 1844.2.450 « ... la maxime *sacrée* que la vente de la chose d'autrui est nulle. »

...« L'orateur rappela que le Code Napoléon a *religieusement* sauve-

ficative mérite d'être signalée. Elle explique mieux que toutes autres considérations les objections formulées, contre les arrêts de la Cour suprême qui introduisirent la notion d'apparence dans le domaine de la propriété immobilière.

6. — Ainsi, le propriétaire d'un immeuble est entouré de la sollicitude du législateur. Il existe, cependant, dans la loi, une arme terrible contre lui, la prescription acquislitive.

Mais entre la notion d'apparence et la prescription il n'y a aucune commune mesure. Si leurs effets immédiats sont très différents (1) leurs conséquences lointaines le sont encore davantage.

Quand intervient, en effet, la notion d'apparence, le droit du tiers acquéreur fait disparaître définitivement le droit du véritable propriétaire sur sa chose. Ce droit est en effet converti en une action en dommages-intérêts dirigée contre le propriétaire apparent; quoi qu'il arrive par la suite, le propriétaire qui a été dépouillé de son droit lui est devenu complètement étranger.

gardé la propriété comme une chose *sacrée*. » TROPLONG. *Commentaire de la loi du 23 mars 1855* (p. xcvi, résumé de la séance du 15 janvier 1855 au Corps législatif).

1. A première vue, quand on étudie les effets de l'apparence en matière immobilière, on est immédiatement amené à penser à la prescription acquisitive et surtout à la prescription abrégée par possession de dix à vingt ans. Mais c'est une vue inexacte. Il y a entre les effets de l'apparence et ceux de la prescription, non pas une différence de degré mais une différence de nature : pour reprendre la définition que nous avons proposée (n° 3) « l'apparence confère des droits instantanément consolidés » alors que la prescription exige, pour la consolidation du droit un temps qui est toujours très long.

Bien au contraire, quand la prescription acquisitive a permis à un usurpateur de s'emparer d'un immeuble, l'action en revendication est inefficace contre lui mais cependant, « elle subsiste au delà de trente ans; d'après la doctrine dominante elle est perpétuelle malgré les termes généraux de l'article 2262 (C. civ.) » (1).

7. — Malgré cette exception que constitue la prescription acquisitive, les règles de la transmission de la propriété immobilière, établies par la loi, visent à assurer le respect des droits du légitime propriétaire. S'ils ont été violés, tout est prévu pour qu'ils soient rétablis dans leur pleine efficacité. Toute atteinte au droit de propriété immobilière est, en effet, effacée rétroactivement; le propriétaire est réinstallé dans la situation où il se trouvait auparavant (art. 2125 et 2182, al. 2, C. civ.).

Ce désir de protéger le légitime propriétaire explique la réalité du droit de résolution en matière immobilière. La chose, reprenant sa place dans le patrimoine du véritable maître franche et quitte de toute charge réelle constituée par l'un de ses détenteurs, les créanciers hypothécaires sont dépouillés de leur gage, les acheteurs successifs doivent appeler leurs vendeurs en garantie.

Peu importe, aux yeux du législateur de 1804, cette atteinte au crédit et ces complications, car il est d'une importance capitale d'assurer au propriétaire la plus complète sécurité; une réparation par équivalent l'exposerait à supporter les risques de l'insolvabilité du premier acquéreur.

1. SARRUT, *note précitée* (avec les références).

Cependant la réalité du droit de résolution ne repose pas seulement sur ces motifs pratiques. Elle s'appuie aussi sur des données rationnelles ou prétendues telles qui furent longtemps acceptées sans discussion. Celles-ci remontent au droit romain. Un texte d'Ulpien en avait fourni une formule saisissante qui semble inattaquable : *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* (1). Cette maxime avait été précisée, développée par un doublet : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*; enfin ces deux formules avaient été résumées en un brocard à forme proverbiale dont l'affirmation paraît être une naïveté tant elle semble évidente : *Nemo dat quod non habet*. Les premiers commentateurs du Code y virent un de ces *Principes* qui s'imposent sans que l'on songe même à les justifier; quant aux modernes (2) ou au moins à certains d'entre eux, ils y voient encore « un substratum du droit positif, substratum qui se conserve et se transmet à travers les changements de droit positif... une des données de la raison juridique naturelle » (3-4). Le principe, malgré sa belle ordonnance logique ou peut-être même à cause

1. ULPYEN. Dig., L-50, XVII-54.

2. M. E. LÉVY s'est attaché à critiquer l'opinion courante : « Nous croyons que cet adage est contestable, ou plutôt nous croyons qu'il faut le traduire littéralement et de l'impossibilité de transmettre ce qu'on n'a pas à l'impossibilité d'acquérir ce qui ne nous est pas transmis... Ce n'était qu'un adage, on en a fait un axiome. » (*Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, p. 3 et 23).

3. DEL VECCHIO (traduit par M. DEMONTÈS). *Essai sur les principes généraux du droit*. Rev. crit., 1925, p. 236.

4. Il faut reconnaître que ces motifs sont très puissants et que seuls ils permettent d'expliquer certaines résistances qui se rencontrent parfois contre des exceptions depuis longtemps consacrées (Rennes, 6 avril 1927, appliquant la règle *Resoluto jure dantis*, en matière de fraude paulienne rapporté sous Civ. Cass., 13 novembre 1929, D. P. 1929.1.131).

d'elle, n'a été directement consacré par aucun texte; les articles 2.125 et 2.182, al. 2 (C. civ.), tout en étant les plus généraux, ne visent, cependant, que les cas particuliers les plus fréquents; mais la grande majorité de la doctrine admet que « la règle qu'ils contiennent doit être généralisée parce qu'elle n'est qu'une application d'un principe de bon sens et de raison » (1). Il s'ensuit qu'en règle générale, chaque fois que le problème de la résolution des droits de propriété se pose, il est résolu par application du principe *Nemo plus juris* : le premier acquéreur dont le titre est annulé n'a pu lui-même transmettre que des droits soumis à la même éventualité; par suite, quoiqu'il soit arrivé, le propriétaire légitime reçoit la propriété entière de ses immeubles, tous les droits qui auraient pu les frapper étant rétroactivement anéantis.

8. — Cette concordance entre les raisons pratiques et les raisons logiques de la réalité du droit de résolution faisait de celle-ci une notion à peu près inattaquable. Mais cependant en certaines hypothèses, les rédacteurs du code ont eu conscience des difficultés que pouvaient soulever, dans la pratique, la règle qu'ils posaient en principe; ils y ont apporté quelques exceptions timides, ne se rattachant à aucune vue d'ensemble, et entre lesquelles il est difficile de trouver un lien. En présence de ces exceptions, les auteurs se sont efforcés d'écarter le reproche d'illogisme adressé au législateur; ils ont construit des théories générales pour expliquer ces dérogations à la règle *Nemo plus juris*, mais ne pouvant enserrer tous les cas prévus dans la loi, ils ont

1. DE LOYNES, note au D. P. 1912.1.169 sous Civ., 28 février 1911.

été réduits à élaborer des interprétations laborieuses et peu pertinentes; ce malaise doctrinal fut encore accru par la loi du 23 mars 1855 dont la signification ne pouvait faire de doute; enfin, les tribunaux créèrent de leur propre autorité, quelques exceptions au principe *Nemo plus juris* qui furent évidemment très contestées par les auteurs. A l'heure actuelle, le débat n'est pas terminé, d'autant moins que les dernières exceptions sont toutes récentes.

§ 1. — *Les Exceptions résultant de la loi.*

9. — Nos explications antérieures permettent de supposer que ces exceptions ne sont pas nombreuses. Il en est une particulièrement intéressante, c'est celle qui a été introduite par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire. La conception de cette loi est issue des dangers que la clandestinité des transferts immobiliers faisait courir aux tiers; la vente étant parfaite par la seule convention, il en résultait une insécurité générale, car il était difficile d'établir si le vendeur était *encore* propriétaire. La loi du 23 mars 1855 eut pour résultat de porter remède au moins partiellement à cette situation. Afin d'y parvenir elle exigea que certains actes concernant des immeubles fussent transcrits pour être opposables aux tiers qui « avaient acquis des droits sur le même immeuble en se conformant aux lois » (art. 3 L. 23 mars 1855). Cette règle conduisait nécessairement en cas de deux opérations successives de même nature, deux ventes par exemple, à préférer l'acquéreur qui avait transcrit son droit le premier, son contrat fût-il second en date.

Cette loi souleva en doctrine quelques objections très vives parce qu'elle apportait une exception au principe : *Nemo dat quod non habet*. Boissonade (1) particulièrement violent, écrivait sur un ton de polémique : « Il restera toujours cet incroyable paradoxe que le vendeur qui a cessé d'être propriétaire a pu rendre propriétaires ceux avec lesquels il a traité, a pu donner des hypothèques conventionnelles ou en laisser acquérir de légales ou de judiciaires sur un bien qui n'était pas le sien. Ainsi depuis la loi de l'an VII, l'axiome, banal à force d'être évident *Nemo dat quod non habet* a cessé d'être un truisme... il n'est même plus simplement vrai... » Cependant cette émotion n'était pas partagée par tous les auteurs contemporains; les principaux commentateurs de la loi du 23 mars 1855 reconnurent que ce texte apportait, en effet, une dérogation aux principes logiques jusque-là admis; mais ils estimèrent que cette exception était suffisamment justifiée par les raisons pratiques qui provoquèrent le vote de cette loi (1). D'ailleurs le Code civil lui-même contenait une disposition qui conduisait au même résultat par des voies différentes : article 1328 « les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés... »; par suite, la date qui importe est celle de l'enregistrement et non celle du contrat; que de deux acquéreurs successifs, le second en date fasse enregistrer le premier son titre, et il pourra l'opposer au premier acquéreur!

1. BOISSONADE, *op. cit.*, p. 552.

1. FLANDIN. *De la transcription en matière hypothécaire*, 2 vol., Paris, 1861, n° 864; GARSONNET. *De la transcription...* Revue prat. dr. franc., 1871, t. XXXI, p. 253; MOURLON. *Traité théorique et pratique de la Transcription*, 2 vol., Paris, 1862, n° 424.

La loi du 23 mars 1855 a simplement perfectionné le procédé en organisant une mesure efficace de publicité.

10. — Faisant abstraction de la loi de 1855 dont la conformité aux principes du code civil a été contestée, ne trouvons-nous pas dans le code lui-même, outre la disposition déjà signalée, des exceptions au principe *Nemo plus juris?*

« Cette règle est parfois si choquante que le législateur lui-même l'abandonne... Ces exceptions portent à se demander si le système simple admis en général est le plus satisfaisant. Le législateur n'a-t-il pas, comme il arrive souvent, par pure logique, trop sacrifié à l'idée de sécurité et omis de considérer tous les intérêts en présence? (1) ».

Les commentateurs du *xix^e* siècle expliquèrent la plupart des exceptions à la règle *Nemo plus juris* par l'idée de « peine privée » : dans l'hypothèse de la contre-lettre ou plus généralement de la simulation, l'un des auteurs de l'acte fautif en demande l'annulation; il est impossible de lui donner satisfaction car il a commis une faute civile dont la seule sanction vraiment adéquate consiste dans le maintien de toutes les conséquences de l'acte. De même en cas de révocation de donations pour cause d'ingratitude, la nullité est demandée comme une peine; mais le principe de la personnalité des peines est étendue au droit civil; il s'ensuit que la révocation pour cause d'ingratitude ne peut être opposée au sous-acquéreur des immeubles donnés, sous certaines conditions (art. 958, C. civ.).

1. DEMOGUE. *Les Notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 478 et 479.

Mais cette explication pour ingénieuse qu'elle soit ne peut englober toutes les hypothèses; de plus, elle ne nous est d'aucun secours, car il nous importe, à cette place, de rechercher les hypothèses où il y a propriété immobilière apparente, les théories justificatives restant en dehors du champ de notre étude; nous ne pensons pas utile d'en prolonger davantage l'analyse; elles nous auront seulement permis de montrer l'ingéniosité déployée pour faire rentrer dans la logique des faits qui en sembleraient exclus.

11. — L'article 860 du Code civil dispose que: « Le rapport n'a lieu qu'en moins prenant, quand le donataire a aliéné l'immeuble avant l'ouverture de la succession. » Quelles sont les conséquences du système de l'article 860? La mort du *de cujus* a pour conséquence de porter atteinte à des donations qu'il avait consenties à l'un de ses successeurs. Cependant les immeubles vendus par le donataire le sont définitivement alors qu'il se peut, étant donné l'état de la succession, que la part du donataire soit inférieure au prix de l'immeuble. Que l'héritier donataire et débiteur d'un rapport en moins prenant soit insolvable, son rapport se solde par une perte que supporte la seule masse successorale!

Certains auteurs après avoir constaté la règle formulée par l'article 860 comparent ses effets à ceux de la réduction d'une donation excédant la quotité disponible et ils ajoutent: « Cela s'explique par la différence de nature des deux institutions dont l'une est une norme d'égalité sans effets absolus, l'autre une règle d'ordre public (1). » C'est la cons-

1. PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON: *Les Successions*, n° 618.

tation pure et simple de la dérogation au principe *Nemo plus juris*. Les successibles avaient conservé un droit éventuel sur l'immeuble donné à l'un d'eux. En pure logique, le donataire n'aurait pu transférer qu'un droit de même nature; or, d'après la disposition formelle de l'article 860 le droit qu'il transmet est un droit définitif et incommutable.

Cette exception au principe *Nemo plus juris* constitue-t-elle un cas d'Apparence? Nous ne le pensons pas. Il ne nous paraît pas possible de dire qu'en cette hypothèse il y ait deux titulaires d'un droit, le titulaire véritable et le titulaire apparent. L'article 860 peut porter atteinte à la règle de l'égalité des partages, mais à l'égard des tiers cette conséquence est indifférente. Pour eux, il n'y a qu'un seul propriétaire, le donataire; il n'est pas propriétaire apparent mais propriétaire véritable à l'égard des tiers parce que le rapport est une institution qui n'agit que dans le cadre de la famille. D'autre part, le titre du donataire établit suffisamment quelle est l'origine du bien; sur celle-ci le tiers acquéreur ne peut donc avoir aucun doute; de plus, la dualité de situations qui constitue le cas type d'Apparence ne se trouve pas en cette hypothèse (cf. n° 3). Nous croyons qu'il était utile de formuler avec précision cette conclusion négative pour qu'il ne subsiste pas de doute : toute exception au principe *Nemo plus juris* n'est pas nécessairement un cas d'Apparence.

La situation est tout autre dans l'hypothèse prévue par l'article 958 (C. civ.). Les droits créés par le donataire sont définitifs à l'égard de ses acquéreurs ou créanciers hypothécaires, alors même que la donation est révoquée pour

cause d'ingratitude; il suffit pour qu'il en soit ainsi que la publicité des droits acquis soit antérieure à la publicité de la demande en révocation. De cette disposition du Code civil il résulte que même après la demande en révocation, la donation serait-elle révoquée, le donataire peut valablement aliéner ou hypothéquer les immeubles si la publicité de la demande en révocation n'a pas eu lieu; en ce cas, la superposition des deux situations contradictoires est nettement établie, sans qu'il soit utile d'insister.

Enfin, pour clore cette étude des textes du code civil qui rendent efficace une situation apparente, nous mentionnons l'article 1321 qui est certainement en ces matières la disposition la plus connue et la plus précise. « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers. » Il s'ensuit que l'acte occulte qui contient la volonté véritable des parties ne peut pas être opposé aux tiers; ceux-ci peuvent s'en tenir à l'acte apparent. C'est une concession faite par le code civil au principe théorique de la déclaration de volonté.

Le développement logique du principe de l'autonomie de la volonté aurait conduit à une solution opposée. « Mais cette conception individualiste... va se heurter à des solutions contraires tenant principalement à la sécurité des tiers... S'il a plu aux intéressés pour frauder le fisc, pour éviter de révéler une situation délicate de dissimuler la vérité, ayant eu les avantages, ils doivent supporter les inconvénients. La sécurité sociale l'exige ainsi (1). »

1. DEMOGUE. *Obligations*, t. I^{er}, n° 160.

Cette disposition de l'article 1321 (C. civ.) appliquée en d'assez nombreuses affaires a été très souvent utilisée dans son principe au début du ^{xx}e siècle.

Le cas d'espèce se présentait toujours dans les mêmes termes : les communautés religieuses non autorisées avaient été dissoutes par la loi du 1^{er} juillet 1901. N'ayant pas la personnalité juridique, elles ne pouvaient posséder par elles-mêmes : leurs biens étaient détenus juridiquement par des *prête-noms*. Quelle était la valeur des hypothèques constituées par ces prête-noms au profit de tiers de bonne foi?

La Jurisprudence a admis une seule solution : la pleine et entière validité de l'hypothèque. Les liquidateurs ne pouvaient la contester. Pour parvenir à cette solution d'équité, les tribunaux essayèrent d'élaborer plusieurs systèmes. Le résultat, en effet, consistant à rien moins qu'à valider les actes d'un *non dominus*, était exorbitant du droit commun. Le système légal le plus simple pour parvenir à cette solution d'équité est celui basé sur l'article 1321 (C. civ.). « La simulation de personnes, qui suppose nécessairement une convention secrète contredisant l'acte ostensible, constitue toujours, alors même qu'il n'y a pas d'écrit, une contre-lettre au sens de l'article 1321 (C. civ.). Elle ne peut donc par application même de ce texte, avoir effet contre les tiers qui ont traité avec le propriétaire apparent sur la foi de l'acte ostensible et sur l'ignorance de l'acte secret (1). »

Nous n'avons signalé cette jurisprudence qu'à titre

1. GORPHE. *Le principe de la bonne foi*, thèse Paris, 1928, p. 221.

complémentaire; elle est intéressante parce qu'elle accentue le courant favorable à la protection des tiers; mais elle n'offre plus, à l'heure actuelle, aucun intérêt pratique. La liquidation des congrégations non autorisées est depuis longtemps terminée; par suite, une espèce de ce genre n'est plus susceptible de se présenter devant les tribunaux. Ces décisions forment à l'intérieur de la théorie de l'Apparence un simple épisode récent, mais déjà transposé sur le plan historique.

§ 2. — *Les Exceptions résultant de la jurisprudence.*

12. — I : Telle était la situation au lendemain du Code civil. Il contenait quelques exceptions à la règle du *Nemo plus juris* que les auteurs tentaient, parfois sans succès, de rattacher aux « grands principes ». La règle elle-même était considérée comme un axiome, comme une vérité d'évidence. C'est dans ce milieu de logique et de vénération à l'égard de la Loi civile que se forma, il y a plus de cent ans, la Jurisprudence qui validait les actes de l'héritier apparent. Le premier arrêt que nous connaissions est du 3 août 1815 (1). C'était un échec retentissant au droit du véritable propriétaire auquel la Cour de Cassation préféra celui conféré par un héritier apparent à un tiers de bonne foi. A côté de la justification de la jurisprudence ancienne tirée du droit romain, la Chambre des Requêtes faisait déjà appel « aux motifs les plus puissants d'ordre et d'intérêt public ». C'est en quelques mots le résumé de toute

1. Req., 3 août 1815, S. 1815-1818.1.86.

l'argumentation moderne. L'appel à la tradition ne devait plus se renouveler, mais la Cour suprême ne s'en tint pas à cette simplicité de motifs; elle essaya plusieurs théories contestables, telle que la saisine collective, pour en revenir, à la fin du xix^e siècle, aux motifs de l'arrêt de 1815.

Comme il était inévitable cette Jurisprudence souleva en Doctrine des critiques très vives (1); elles se résument dans les explications que nous avons précédemment données : le respect des droits du propriétaire est imposé par le code civil, mais aussi par des considérations d'ordre public, ceci était la réponse directe à l'argumentation de la Cour de Cassation; deux conceptions de l'ordre public s'affrontaient. Certaines Cours d'Appel résistèrent, notamment celle de Rennes qui devait être dissidente jusqu'à la fin du xix^e siècle puisque c'est une de ses décisions qui fut cassée par le célèbre arrêt de la Boussinière (2).

Cependant la Cour de Cassation, avec une continuité de vue remarquable, maintint sa jurisprudence, la précisant à chaque décision. Malgré toutes les objections, d'année en année, la théorie s'est développée jusqu'à l'arrêt de principe du 26 janvier 1897, rendu sur conclusions contraires de l'avocat général Sarrut. Cet arrêt, intéressant à plus d'un égard, affirme que l'origine de l'apparence est indifférente et que le propriétaire légitime ne peut obtenir

1. DURANTON, t. I^{er}, n^o 552 à 579; LAURENT, t. IX, n^o 562; MARCADÉ (art. 137, n^o 4); TOULLIER, t. IV, n^o 289;. Les auteurs de l'époque suivante ont continué de formuler les mêmes critiques : BAUDRY-LACAUTINIERE et WAHL. *Les Successions*, t. I^{er}, n^{os} 1230 à 1255; HUC, t. V, n^o 270.

2. Rennes, 13 mars 1894, sous Civ., 26 janvier 1897. D. P. 1900.1.33, note de SARRUT contraire à l'arrêt de la Chambre civile.

réparation que par une action en dommages-intérêts dirigée contre l'héritier apparent. Dans cette espèce cependant le légataire véritable n'avait commis aucune faute car il avait été dépouillé grâce à un testament reconnu *faux* par la suite, après avoir été déclaré valable par la justice.

Il avait fini par se créer une sorte de mythe; beaucoup d'auteurs acceptaient la validité des actes de l'héritier apparent comme un mal nécessaire, leurs efforts consistaient seulement à l'empêcher de s'étendre à des situations analogues. Les critiques cependant continuèrent, mais à vrai dire, elles n'avaient plus de valeur pratique, car l'arrêt de 1897 presque immédiatement suivi en 1898 d'un autre arrêt de la chambre civile (1), dont le retentissement fut nul, devait demeurer jusqu'en 1930 la dernière manifestation de cette jurisprudence célèbre (2).

Cette absence de décisions entre 1898 et 1930 est difficilement explicable, car de 1815 à 1897, il ne se passait guère d'année sans que les tribunaux n'eussent à connaître de la validité des actes de l'héritier apparent. Seules de longues et minutieuses enquêtes auprès des officiers ministériels permettraient peut-être d'élucider la question; mais elles dépasseraient le cadre de cette étude. Faut-il supposer que les héritiers véritables aient renoncé à poursuivre l'annulation des ventes consenties par l'héritier apparent? S'il en avait été ainsi les successibles se seraient retournés contre l'usurpateur pour lui demander réparation; une des décisions intervenues dans de semblables

1. Civ., 14 décembre 1898, D. P. 1899.1.137.

2. Req., 6 janvier 1930, D. H. 1930.49.

affaires auraient sans doute été jugée digne d'être publiée par un recueil d'arrêts, car elle aurait nettement indiqué qu'une nouvelle coutume s'était formée. Plus intéressante que ces suppositions est la confirmation que la Cour de Cassation vient tout récemment d'apporter à sa Jurisprudence. A cette place, nous n'avons aucune observation particulière à fournir sur cette décision, sinon le laconisme de son motif déterminant; la partie la plus longue de l'arrêt est consacrée à un exposé des faits; elle est suivie d'un simple appel à l'erreur commune et à la *bonne foi* qui suffit à écarter le moyen du pourvoi. Il semble, à lire ce motif, que les magistrats ont estimé que la solution allait de soi. Il est peu probable que la jurisprudence puisse être l'objet d'un revirement complet; elle est trop bien établie et depuis trop longtemps pour qu'il soit vraisemblable que des modifications profondes y soient apportées.

Un seul point demeure obscur : quelle pourra être, par la suite, l'influence de cette Jurisprudence sur des espèces se présentant dans des circonstances à peu près similaires? Jusqu'ici les auteurs suivis en cela par les tribunaux n'ont pas admis que le principe de la validité des actes de l'héritier apparent fut appliqué à d'autres cas. L'extension directe ne semble pas probable; mais les mêmes considérations de crédit et d'intérêt général doivent susciter des solutions comparables, et les procédés qui permettent d'y parvenir ne sont en rien différents.

13. — II : En principe, un débiteur peut librement disposer de ses biens malgré le gage que ses créanciers ont sur tout son patrimoine (art. 2092, C. civ.). Ce droit de gage ne crée pas une inaliénabilité. Cependant pour qu'il en

demeure ainsi, encore faut-il que le débiteur ne mésuse pas de la liberté qui lui est laissée et ne vise pas à frustrer ses créanciers. Ceux-ci trouvent dans l'action paulienne un moyen de protection contre les actes faits par leur débiteur en « fraude » de leurs droits (art. 1167, C. civ.); mais la loi ne précise pas quels sont les effets de cette action; quelle influence aura-t-elle sur les droits des tiers acquéreurs? « Entre les créanciers et les tiers acquéreurs il y a lutte d'intérêts. En faveur des uns et des autres, interviennent des considérations économiques de crédit et de sécurité; les créanciers représentent le crédit personnel et la conservation du patrimoine, les acquéreurs le crédit réel et la libre circulation des biens (1). »

Les auteurs se sont ordinairement placés à un autre point de vue (2) et ont recherché la nature juridique de l'action paulienne afin d'en dégager les effets. Cette méthode nous semble erronée car « l'action paulienne est une action modelée par les siècles en vue de défendre les droits des créanciers tout en respectant les intérêts des tiers de bonne foi » (3). De cette formation coutumière il est résulté une action dont les effets sont tout en nuances, mais il en émerge un particulièrement important, la prédominance marquée du droit des tiers acquéreurs sur les droits des créanciers; d'ailleurs, ce besoin de sécurité n'est pas récent puisque cette opposition entre les deux sortes d'intérêts divergents était résolue de même par le droit romain.

1. RIPERT. *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925, p. 293.

2. Notamment ACHER. *Essai sur la nature de l'action paulienne*. Rev. trim., 1906, p. 85 et s.

3. COLIN et CAPITANT, t. II, p. 59, 4^e éd.

L'action paulienne ne peut avoir effet contre les sous-acquéreurs d'immeubles vendus par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers (1); il en résulte que le débiteur ayant transmis un droit sujet à résolution, l'acheteur a reçu un droit incommutable. Si on avait appliqué la règle *Nemo plus juris*, les droits de l'acheteur auraient été annihilés; s'ils sont maintenus ce ne peut être que par suite d'une dérogation à la règle logique.

Cette exception à la règle *Nemo plus juris* constitue-t-elle un cas d'Apparence? La question ne saurait guère se poser quand le détenteur de l'immeuble au moment du litige est non pas celui qui l'a acheté du *fraudator*, mais un sous-acquéreur. « En effet le premier acquéreur est en apparence, le titulaire légal et incommutable du droit frauduleusement cédé (2). » Si l'on suppose qu'en fait le droit du premier acquéreur est sujet à contestation de la part des créanciers du vendeur, il y a bien la superposition de deux titulaires pour un même droit qui est la caractéristique de l'Apparence (cf. n° 3); le véritable titulaire est le *fraudator* représenté par ses créanciers; le titulaire apparent est le premier acquéreur. Le sous-acquéreur se trouve

1. Civ., 13 novembre 1929, D. P. 1929.1.131; Orléans, 10 février 1876, S. 1876.2.321, D. P. 1877.2.113; Dijon, 31 juillet 1878, S. 1879.2.21; Paris, 9 août 1898, S. 1900.2.235; Douai, 13 janvier 1905, S. 1907.2.142. Cette dernière décision est relative à une action intentée par le syndic de faillite en vertu de l'article 447 C. comm. contre un sous-acquéreur : « l'annulation de la première vente n'entraîne pas nécessairement celle de la seconde;... R... ayant acquis un droit de propriété qui pouvait lui être conféré, ne peut être dépossédé que pour des causes de nullité qui lui seraient personnellement opposables. »

2. GROUBER. *L'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris, 1913, p. 440.

bien dans la situation-type, car il ne peut rechercher dans quelles conditions a été passé l'acte qui lui est présenté comme établissant le droit de son vendeur. Mais quand l'exception à la règle *Nemo plus juris* fonctionne en faveur du premier acquéreur qui achète directement du *fraudator*, se trouve-t-on vraiment en présence d'un cas d'Apparence? Y a-t-il véritablement superposition de deux situations? Le *fraudator* est toujours propriétaire de ses immeubles, en ce sens que les titres de propriété sont établis en son nom, quand il vend l'un d'eux, il vend bien sa chose et non point celle d'autrui. Pour estimer qu'il y ait en cette hypothèse propriété apparente il faut supposer que l'obligation de payer ses dettes enlève au débiteur la libre disposition de ses biens dans la limite où ils sont indispensables pour assurer le paiement des dettes. Au droit de propriété établi par le titre, se substitue un droit de propriété restreint par le gage des créanciers; or si le propriétaire *titulaire des titres* vend ses immeubles comme étant sa pleine propriété alors que les créanciers ont un droit sur eux, n'y a-t-il pas vraiment propriété apparente? Il n'y a pas à proprement parler deux titulaires, il y a bien plutôt deux droits juxtaposés dont l'un, inconnu des tiers, restreint le droit normal dans son étendue. Le propriétaire qui se présente extérieurement comme titulaire de son droit est, en réalité, partiellement expulsé de celui-ci. Pour que cette situation se réalise et pour que les créanciers puissent restreindre les pouvoirs du propriétaire, il faut que soient réunies plusieurs conditions préalables que nous n'avons pas à envisager à cette place. Nous retenons seulement le résultat auquel nous sommes

parvenus : l'acquéreur ou le sous-acquéreur d'un bien immeuble aliéné en fraude des créanciers du vendeur ne peuvent pas subir l'application de la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, car aussi bien l'un que l'autre se sont trouvés en présence d'une situation apparente.

14. — III. La simulation ne peut être opposée par l'un des simulateurs à un sous-acquéreur de bonne foi, le principe de l'article 1321 (C. civ.) s'y oppose. Il n'a jamais donné lieu qu'à des contestations restées isolées. Les interprétations dissidentes de cet article n'ont plus aucune valeur scientifique ni pratique.

En est-il de même quand la simulation est opposée aux tiers sous-acquéreurs par des ayants-cause du premier vendeur? Pour que l'action soit vraiment en déclaration de simulation il est nécessaire que le créancier du vendeur simulé soit chirographaire; s'il était créancier hypothécaire en effet, il pourrait agir par son action d'hypothèque, qui serait beaucoup plus avantageuse car la preuve serait plus facile. Ceci, si le titre du créancier est antérieur à la vente; si sa créance y est postérieure, un créancier chirographaire pourra encore agir en simulation. Pour que l'action d'un créancier hypothécaire soit possible en ce cas il faudrait supposer qu'une des transcriptions n'ait pas eu lieu; il aura alors avantage à agir par l'action d'hypothèque. Par suite, pratiquement, la question des effets de la déclaration de simulation se pose entre un créancier chirographaire, ayant-cause du vendeur, et l'ayant-cause de l'acheteur simulé, — titulaire d'un droit réel, propriété ou hypothèque régulièrement publiées.

Lequel des deux préférer? La situation est sans issue, car, de toute nécessité, il faut léser l'un des ayants-cause (1). Il n'y a pas dans les textes de raison de préférence. D'après l'article 1321 une contre-lettre ne peut pas être invoquée *contre* un tiers. Il semble donc que le sous-acquéreur soit protégé par ce texte; le créancier du vendeur simulé ne peut invoquer la contre-lettre. A l'appui de cette argumentation il y a un raisonnement subsidiaire : le vendeur simulé ne pouvant invoquer lui-même la contre-lettre, son créancier chirographaire ne peut qu'exercer les mêmes droits et actions, l'article 1166 est formel sur ce point. Cet argument a été écarté facilement. Le créancier a un intérêt propre à agir, un intérêt détaché de celui du vendeur simulé, son ayant-cause. « L'action en déclaration de simulation est une action spéciale différente de l'action oblique... » (2). Bien plus, il est universellement admis que si la contre-lettre ne peut pas être *invoquée contre* les tiers, elle peut être *invoquée par* eux s'ils y ont intérêt; la vérité doit avoir la priorité. Ceci est facilement admis quand un ayant-cause oppose la vérité à l'un des simulateurs. Mais l'article 1321 n'empêche-t-il pas formellement que la contre-lettre soit opposée *par* un

1. La solution dépend de l'importance relative que l'on accorde à la théorie de la volonté pure ou à la sécurité des tiers dans les transactions. Il ne nous paraît pas que les articles 49 et 50 du projet de Code des obligations résolvent la question que nous posons au texte : article 49. Au cas de simulation... alinéa 2. « Les créanciers des parties contractantes et les tiers peuvent se prévaloir du contrat apparent, pourvu qu'ils soient de bonne foi... »

Article 50, al. 2. « Les contre-lettres ne peuvent être opposées à ceux qui y ont été étrangers; mais ceux-ci peuvent s'en prévaloir. »

2. DEMOGUE. *Note aux Pand. fr.*, 1903.2.209, sous Tr. civ. Grenoble, 25 juin 1902.

ayant-cause du vendeur simulé à un ayant-cause de l'acheteur simulé?

Ainsi, quelle que soit la solution adoptée, on viole l'article 1321. Ce texte ne pouvant être utilisé, il fallait résoudre la question par les principes généraux du droit.

Or, d'après les principes généraux quelle peut être la solution?

Les prétendus droits du propriétaire apparent n'ont jamais existé : l'acte qui les a créés est radicalement nul, *ab initio*, puisqu'il ne contenait pas l'expression de la volonté vraie des parties. L'acheteur apparent n'a donc pu conférer sur les immeubles aucun droit, le sous-acquéreur a acquis *a non domino*. Par conséquent, ces droits ne peuvent gêner le créancier du propriétaire véritable qui n'a jamais cessé de l'être. C'est l'application pure et simple de la règle *Nemo plus juris...* Rien plus que cette solution n'est strictement classique et conforme aux tendances logiques que nous avons précédemment signalées. Une Doctrine (1) et une Jurisprudence (2) importantes préconisent cette solution et la défendent au nom des Principes.

La Chambre civile (3) rejeta un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Appel de Paris (4) qui décidait que

1. COLIN et CAPITANT, t. II, p. 64, 4^e éd.; LAURENT, t. XVI, p. 499.

2. Req., 13 mars 1899, S. 1900.1.72; Lyon, 23 mai 1889, *Gaz. Pal.*, 1890.1.6; Dijon, 4 juillet 1904, *Gaz. Tr.*, 1905 (1^{er} vol.).2.18; Tr. civ. Dax, 29 décembre 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.1.325; Tr. civ. Grenoble, 25 juin 1902, *précité*.

3. Civ., 13 novembre 1912, D. P. 1913.1.433 note de DE LOYNES, S. 1914.1.150.

4. Paris, 5 juin 1905, S. 1907.2.273 note de M. WAHL, D. P. 1908.2.129 note de DE LOYNES.

« le contrat d'acquisition de la demoiselle B..., ayant été annulé pour cause de simulation, cette annulation entraîne pour conséquence *nécessaire...* la nullité de l'hypothèque constituée sur l'immeuble dont la demoiselle B... n'avait que la propriété apparente *sans qu'il y ait lieu d'avoir égard à la bonne foi d'ailleurs certaine des créanciers* ». Cet arrêt ne faisait que reprendre la thèse classique telle que nous l'avons exposée. Il provoqua, cependant, de très vives critiques, en Doctrine. M. de Loynes notamment, après avoir cité les nombreuses exceptions à la règle *Nemo plus juris...*, entendait y inclure la simulation. « La simulation, disait -il, ne peut nuire aux tiers qui ont traité de bonne foi avec le propriétaire apparent, avec celui que les actes lui présentent comme le propriétaire véritable. Le créancier auquel une hypothèque a été consentie par ce propriétaire apparent est certainement un de ces tiers auxquels la contre-lettre et la simulation que nous assimilons ne peuvent nuire (1). » M. Wahl, au sujet de la même espèce, écrivait : « La théorie des actes de l'héritier apparent ne peut être étendue aux actes du propriétaire apparent. Tel est au moins jusqu'à présent — *car puisque la théorie ne repose pas sur les textes, mais seulement sur les nécessités pratiques et les exigences de l'équité, on ne pourrait s'étonner de la voir étendue par la Jurisprudence à des cas nouveaux où se manifestent ces nécessités et ces exigences* — le principe auquel se réfère la Cour de Cassation (2). » Sous une forme plus atténuée c'était la même critique que précédemment.

1. DE LOYNES, *note précitée*.

2. WAHL, *note précitée*.

La restriction contenue dans les mots *au moins jusqu'à présent* était à elle seule toute une doctrine qui n'allait pas tarder à être développée par quelques arrêts importants.

Peu après, la Chambre des Requêtes a décidé que « les hypothèques consenties par le propriétaire apparent d'un immeuble, en vertu d'un titre régulier sont valables et conservent effet au profit des créanciers de bonne foi vis-à-vis du propriétaire véritable » (1). Quelle est la portée exacte de cette décision? L'espèce, assez complexe, peut se réduire à ceci : un sieur M... a acquis par acte régulier une chute d'eau et un terrain; puis il y a consenti une hypothèque; or, le sieur M... avait acquis *a non domino*, le créancier hypothécaire n'était pas remonté plus haut que le titre de son débiteur, *titre notarié* d'ailleurs; cependant l'arrêt attaqué avait apprécié que l'acquéreur *a non domino* était investi de tous les caractères du propriétaire apparent. Si la théorie de cet arrêt était étendue à tous les cas où elle est applicable, elle comprendrait nécessairement l'hypothèse de simulation que nous exposions à l'instant; elle permettrait aussi au possesseur muni d'un juste titre de transmettre un droit incommutable sur l'immeuble; c'est au fond, le résultat essentiel que cet arrêt permet d'obtenir.

Cette décision, bien que signalée et approuvée par M. Demogue (2) et par M. Gorphe (3) ne semble pas avoir eu le retentissement qu'elle mérite. Cela tient sans doute

1. Req., 20 juillet 1910, D. P. 1910.1.392, S. 1915.1.74.

2. DEMOGUE. *Obligations*, t. I^{er}, n^o 163.

3. GORPHE. *Le principe de la bonne foi*, thèse Paris, p. 222.

à ce fait que l'arrêt de la Chambre civile précédemment cité lui est postérieur; il en détruisait les effets dans l'hypothèse de la simulation.

Cependant, la question n'était pas définitivement résolue. Deux arrêts très importants de la Cour d'Appel de Nîmes ont à nouveau ouvert la discussion (1). Leur importance résulte non seulement de la solution qu'ils consacrent mais aussi des motifs qu'ils invoquent pour y parvenir. L'espèce était des plus simples; elle reproduisait trait pour trait l'hypothèse-type.

Un commerçant de Montpellier était débiteur de sommes importantes au titre de l'impôt sur les bénéfices de guerre. Il vendit, par acte simulé, des immeubles à sa belle-mère. Avant qu'intervint le jugement déclaratif de simulation ces immeubles avaient été revendus. L'un des acquéreurs habitait à Marseille, les autres aux environs d'Avignon (2). Il s'agissait de savoir si la seconde vente était opposable au Trésor public, créancier du vendeur simulateur. La Cour de Nîmes, qui eût à connaître des deux espèces, rendit le même jour deux arrêts favorables aux sous-acquéreurs de bonne foi. C'était rompre avec l'interprétation dominante.

Pour rejeter l'action du demandeur ou au moins la rendre inefficace contre le sous-acquéreur de bonne foi, la Cour de Nîmes, après avoir constaté que l'article 1321 ne permet pas de trancher le débat, fait observer que *le*

1. Nîmes, 16 mai 1927, D. P. 1929.2.68 note de M. GABOLDE.

2. Ces détails des espèces sont très intéressants; nous aurons par la suite l'occasion d'en montrer toute l'importance quand nous tâcherons de dégager le rôle de la distance dans la création de la bonne foi.

sous-acquéreur était moins bien placé que le créancier du premier vendeur pour connaître l'état des affaires de celui-ci et se défendre contre une manœuvre de sa part. Dans le second arrêt qui confirmait un jugement du tribunal civil d'Avignon, la Cour reprenait des considérations à peu près identiques; quant au jugement du Tribunal d'Avignon, il marquait davantage encore l'impossibilité que rencontraient les sous-acquéreurs à se renseigner. « Me G..., notaire à Barbentane (près Avignon) conseil de ses clients, ne pouvait même imaginer se trouver en présence d'un acte simulé ou frauduleux; il pouvait prendre, en plus, des renseignements, mais il ne les aurait pris, comme c'est d'usage, que près de Me J..., son confrère de Montpellier, lequel n'aurait pas manqué de lui affirmer la régularité de toutes les opérations (1). » Ce sont donc exclusivement des motifs d'opportunité qui l'ont emporté. Dans l'un des arrêts, cependant, celui qui infirme le jugement du tribunal civil de Nîmes, la Cour d'Appel a cru devoir opposer à la « construction juridique » du jugement une autre « construction juridique »; elle a affirmé que « le prétendu acquéreur qui a revendu à un tiers ne l'a fait que comme prête-nom du véritable propriétaire, c'est-à-dire avec un mandat certain, quoique dissimulé de celui-ci ». Cette situation s'est à peu de chose près présentée sous cette forme dans une espèce similaire (2) où d'ailleurs, pour des

1. Tr. civ. Avignon, 2 décembre 1925, *Gaz. Pal.*, 1926.1.185.

2. Tr. civ. Versailles, 16 novembre 1926, *Gaz. Pal.*, 1927.1.319. Les redevables de l'impôt avaient fictivement vendu un immeuble à des amis avec mission de le revendre pour une somme quelque peu supérieure pour couvrir les frais. « La cause de la convention apparente, dit le jugement, était l'intention simulée de transmettre la propriété de

raisons spéciales, à savoir, la nécessité de faire rentrer l'impôt sur les bénéfices de guerre, le sous-acquéreur a été sacrifié. Mais dans les cas que nous étudions, il n'est nullement question d'un pareil mandat qui ne peut se présumer. Le masque est particulièrement fragile; les motifs déterminants se trouvent dans l'appréciation extrajuridique des intérêts respectifs des créanciers et des sous-acquéreurs. La tendance récente qui consiste à donner la préférence à ces derniers est, une fois de plus, confirmée par ces décisions.

Que l'on n'objecte pas que ces arrêts ont été rendus en matière fiscale et que par suite, il est impossible d'en tirer des conséquences de portée générale. L'argument daterait. Il pouvait quelque peu troubler, naguère encore; mais actuellement la fiscalité a pris une telle importance qu'en négligeant les décisions qui s'y rapportent, on négligerait une partie importante de tout problème juridique. Il faut d'autant plus retenir ces arrêts qu'ils sont défavorables aux intérêts du fisc, alors que parfois les tribunaux ont tendance à accepter l'interprétation de l'administration. Le procès qu'intentait celle-ci ne soulevait d'ailleurs pas une question de droit fiscal, mais un problème de pur droit civil posé à l'occasion de la rentrée d'un impôt. Le demandeur aurait-il été un tiers autre qu'une administration fiscale, la question se serait formulée exactement dans les mêmes termes; il nous semble donc établi que ces arrêts

l'immeuble; la cause réelle de cette opération incontestablement frauduleuse était l'accord des deux parties pour faire sortir le plus tôt possible du patrimoine de S. ledit immeuble... si la première opération consistue exactement une vente simulée, la seconde n'est rien moins que la vente de la chose d'autrui. »

ont une importance indiscutable, d'autant plus que la solution à donner au problème avait été fort discutée.

15. — IV) Pour que cette étude soit complète, il est nécessaire de résoudre une dernière question. Dans quelle mesure les vices du consentement participent-ils à la création d'une situation apparente?

Les effets des vices du consentement ne sont expressément indiqués par le Code civil ni dans les articles 1110 à 1119 qui en déterminent les éléments, ni dans les articles 1304 et suivants relatifs à la nullité des contrats. L'interprète se trouve réduit à appliquer les principes généraux qui déterminent l'influence de la nullité sur les droits acquis par des tiers.

La question se pose fréquemment pour les aliénations immobilières.

Il nous faut distinguer selon la personne qui est demanderesse à l'action en nullité : la victime du vice du consentement est-ce le vendeur dans le premier contrat? Est-ce, au contraire, l'acheteur qui, de toutes façons, doit avoir revendu l'immeuble à un tiers pour que la question se pose?

I. — Dans le premier cas le principe *Nemo plus juris* ou mieux, d'après les tribunaux, les articles 2125 et 2182 al. 2 (C. civ.) conduisent à conclure à la réalité du droit de résolution pour vices du consentement. Cette solution est admise aujourd'hui par la Doctrine et par la Jurisprudence comme l'une des mieux établies dudroit français.

Seul le dol avait, au cours du xix^e siècle, suscité chez quelques auteurs une opinion contraire. Elle leur était suggérée par une analyse purement exégétique des termes

de l'article 1116 : si l'on s'en tient à ceux-ci le dol est une exception personnelle car ils exigent qu'il émane de l'une des parties à l'acte; or, dans le contrat qui contient la seconde aliénation, le dol n'émane pas de l'un des contractants et par suite est inopposable : « l'aliénation ne sera, en principe, annulée qu'à l'égard de l'acquéreur primitif, elle sera, au contraire, maintenue à l'égard des sous-acquéreurs à moins qu'on ne démontre en leur personne le même dol qui a fait prononcer l'annulation contre l'acquéreur primitif » (1). Mais entraînées par le caractère logique des solutions courantes ni la Doctrine (2), ni la Jurisprudence (3) n'ont consacré cette interprétation de l'article 1116; le dol a continué de produire les mêmes effets que les autres vices de la volonté. « A Rome, disait Bufnoir, l'*exceptio doli* ne pouvait pas être opposée aux successeurs particuliers à titre onéreux de la partie même qui avait commis le dol. Il y a là une très grave raison de doutes; *je ne la crois pas cependant suffisante pour prévaloir contre les principes généraux et en particulier contre la règle que celui qui n'a qu'un droit soumis à nullité ne peut transmettre qu'un droit soumis à la même cause de rescision* » (4). Cependant la doctrine moderne reconnaît qu'il y a là une exagération et que les droits des tiers ne sont pas suffisamment protégés; mais jusqu'à présent, la

1. ESMEIN, note au S. 1885.4.9 sous un arrêt de la Haute-Cour des Pays-Bas du 28 mars 1884.

2. AUBRY et BAU, t. IV, p. 427, 5^e éd.; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. 1^{er}, n^o 126; DEMOLOMBE, t. XXIV, n^o 190; LAROMBIÈRE, t. 1^{er}, p. 91 (art. 1116, n^o 12); LAURENT, t. XIX, n^{os} 75 et s.

3. Besançon, 31 octobre 1894 rapporté en sous-note, sous Req., 13 février 1900, S. 1900.1.449.

4. BUFNOIR. *Propriété et Contrat*, 2^e éd., p. 620.

Jurisprudence n'a pas apporté sur ce point de solutions faisant exception aux principes; il semble qu'une réforme législative est indispensable pour aboutir à une solution plus conforme aux intérêts des tiers sous-acquéreurs.

II. Mais pour qu'il en soit ainsi, encore faut-il que l'action en nullité n'émane pas de « celui qui a *acquis* une chose en exécution d'un contrat entaché de nullité et l'a cédée ensuite à un sous-acquéreur » (1). En effet, par suite de l'obligation de garantie l'acheteur victime d'un vice du consentement ne peut intenter une action dont les effets lèseraient les intérêts du sous-acquéreur. Il s'ensuit qu'en cette hypothèse, et en celle-là seulement, les vices du consentement inconnus du tiers-acquéreur créent une situation apparente. Cette solution a été difficilement admise, car, dit-on, le second vendeur n'a pu conférer aucun droit ni contracter aucune obligation qui ne soient frappés par la rétroactivité de l'annulation. Cependant avec beaucoup de raison, la doctrine moderne n'admet pas ces arguments et donnent la prééminence au principe de la garantie (2). Cette solution est conforme au courant qui tend à protéger toujours davantage le tiers sous-acquéreur.

15 bis. — Conclusion.

Arrivé à ce point de nos explications, nous croyons utile de préciser les résultats obtenus et d'indiquer ceux qui pourraient encore être consacrés.

Il s'est établi dans la Jurisprudence française une tendance très nette qui, s'écartant des solutions conformes aux

1. PRÉDELIÈVRE, *Des effets des actes nuls*, thèse Paris, 1913, p. 239.

2. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. III, n° 1981; BUFNOIR, *op. cit.*, p. 702 et s.

principes traditionnels, provoque de plus en plus des décisions qui assurent la sécurité des transactions au détriment du droit du véritable propriétaire. Le phénomène est d'autant plus remarquable, que la propriété immobilière est assez peu atteinte par l'évolution de la société moderne. Cependant, la Doctrine, dans son ensemble, a admis les exceptions que les tribunaux apportaient à la règle *Nemo plus juris...* parfois elle a essayé de masquer l'exception, comme en matière de fraude paulienne, mais l'artifice lui-même révélait le désir de consacrer la solution pratique. Ce mouvement date d'environ 1900, il était amorcé par Tissier dans une note au Recueil Sirey (1); depuis lors d'ailleurs il s'est considérablement amplifié. Mais il ne faudrait pas croire que l'Apparence soit appliqué sans restriction en matière immobilière. L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 20 juillet 1910 (2) pourrait constituer par la généralité de ses termes une base suffisante de départ.

Il faudrait auparavant se mettre d'accord sur le sens des mots « en vertu d'un titre régulier » que la Cour Suprême emploie dans cette décision.

Qu'est-ce qu'un « titre régulier » en ces problèmes qui ne peuvent se poser qu'en cas de divergences entre la situation véritable et l'apparence établie par le titre? Il faut, sans doute, entendre un titre régulier en la forme ne révélant pas la cause de nullité. Par la suite, nous aurons l'occasion d'apporter quelques précisions sur ce point.

Du reste l'accord réalisé sur ce point, à supposer même que l'Apparence voie ses applications se multiplier, elle ren-

1. TISSIER, note au S. 1900.1.449 sous Req., 13 février 1900.

2. Req., 20 juillet 1910, D. P. 1910.1.392, S. 1915.1.74.

contrera, cependant, des limites. Celles-ci naîtront de l'analyse des intérêts en présence. Les tribunaux ne consentiront qu'exceptionnellement à sacrifier à la sécurité des transactions immobilières ou les intérêts d'un mineur, sauf en certains cas que nous signalerons plus tard (Cf. n^o 30 et s.) ou ceux d'un propriétaire dont le consentement a été vicié. L'arrêt de la Chambre des Requêtes annoté par Tissier (1) en donne un exemple : un immeuble avait été aliéné sous menace de violence; l'acquéreur avait constitué le dit immeuble en dot à sa fille; celle-ci l'avait hypothéqué. Il fut jugé que la constitution d'hypothèque devait être détruite par la revendication du propriétaire primitif dont le consentement avait été vicié. Les arguments invoqués pour obtenir ce résultat n'étaient autres que les textes des articles 2125 et 2182 al. 2 (C. civ.). Voudrait-on abandonner le raisonnement logique pour se cantonner dans l'étude des faits que le résultat devrait être le même.

De ce côté, le domaine de la théorie de l'Apparence est limité et ne pourra pas s'étendre. Mais nous croyons pouvoir affirmer qu'il gagnera peu à peu toutes les hypothèses où le propriétaire ne peut pas être considéré comme une victime absolument digne d'intérêt.

Peut-être, si la question se posait, de *lege ferenda*, accorderait-on la préférence au sous-acquéreur de bonne foi; mais ces prévisions à très longue échéance n'entrent pas dans le cadre de notre étude.

1. Req., 13 février 1900, *précité*.

CHAPITRE II

L'APPARENCE DANS LA PROPRIÉTÉ MOBILIÈRE

SECTION I

Les Meubles corporels.

16. — I. Le droit des meubles corporels semble dominé par la règle célèbre de l'article 2279 al. 1^{er}. « En fait de meubles possession vaut titre. » « Il s'agit de garantir tout acquéreur de meubles — sans lui imposer de vérifier au préalable le titre de son cédant ce qui serait une entrave au commerce — contre toute surprise de revendication de la part du véritable propriétaire... » (1).

Mais, cette disposition n'a pas la portée très générale qui lui est ordinairement accordée : elle n'est, en effet applicable que lorsque « le propriétaire s'est volontairement dessaisi de la possession de la chose en la remettant entre les mains d'un locataire, d'un dépositaire, d'un emprunteur qui l'aura aliénée comme sienne et livrée à un acquéreur de bonne foi » (2).

L'Apparence de propriété est en ce cas indiscutable : l'acquéreur du meuble obtient, en effet, un « droit instantanément consolidé. »

1. DABIN. *La Philosophie de l'ordre juridique positif*, p. 500, Paris, 1929.

2. BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER. *La Prescription*, p. 658.

Dans ce cas, la notion d'apparence, d'application légale, implique que le propriétaire a commis une faute ou au moins une imprudence en confiant les meubles à un tiers indigne de confiance. Mais il serait imprudent de vouloir trop généraliser cet exemple.

La question se pose en termes identiques dans le cas prévu par l'article 1141 (C. civ.) : le propriétaire d'un meuble l'a vendu successivement à deux acheteurs. Le second en date prenant le premier possession matérielle de la chose, acquiert un droit définitif à condition d'être de bonne foi. C'est une application pure et simple de la règle. « En fait de meubles possession vaut titre. » Une observation, cependant, est nécessaire : dans cette application de la notion d'apparence, celui qui sera éventuellement victime de l'insolvabilité du vendeur n'a pas *nécessairement* commis de faute en ne prenant pas livraison immédiate de l'objet. Il ne faut donc pas *toujours* voir dans l'Apparence et dans ses effets la sanction d'une négligence.

17. — II. Les hypothèses où est applicable l'article 2279 al. 1^{er}, pour être pratiques ne constituent pas cependant la généralité des cas. Sans doute, la forme dans laquelle est exprimée la règle a-t-elle contribué à lui donner un relief exagéré; nous ne croyons pas qu'il existe entre l'article 2279 al. 1^{er} et les autres dispositions du droit des meubles un rapport de règle à exception. Les hypothèses de vol et de perte de meubles (art. 2279 al. 2 et 2280 C. civ) sont aussi fréquentes, en pratique, que celles précédemment indiquées; les dispositions légales qui leur sont consacrées forment un système distinct; si on doit dire que la revendication pendant trois ans à compter du jour de la perte ou

du vol est la règle, il n'en reste pas moins une exception considérable. L'article 2280 al. 1^{er} contient très certainement un cas d'apparence : en effet, d'après cet article, le véritable propriétaire ne peut revendiquer le meuble entre les mains du possesseur qui l'a acheté sur une foire ou un marché, qu'à la condition de lui rembourser au *préalable* le prix d'achat. La définition que nous avons proposée de l'Apparence ne se retrouve pas intégralement; néanmoins, le résultat auquel aboutit l'article 2280 se rattache bien par sa nature à ceux que nous avons déjà signalés : *le légitime propriétaire paie pour rentrer en possession de sa propre chose*, et il supporte les risques de l'insolvabilité éventuelle du vendeur du meuble ou du voleur; il en résulte que cette hypothèse rentre bien dans la définition générale, sinon exactement dans le détail au moins dans les grandes lignes.

18. — III. Ces règles concernant les meubles corporels ont reçu au cours du XIX^e siècle une extension qu'en n'avaient pas prévue les rédacteurs du code civil. Il est inutile d'insister sur le développement des titres au porteur tant dans le monde civil que dans le monde commercial. Or, « le titre au porteur a ceci de particulier, qu'il ne constate pas seulement le droit auquel il se réfère; il le *matérialise*, de telle sorte que le droit n'ayant point, en général d'existence hors du titre, se transmet avec lui, circule comme lui de mains en mains, appartient à qui le possède et présente le curieux spectacle d'une chose incorporelle traitée, autant que faire se peut, comme un meuble corporel » (1).

1. CHAVEGRIN, *Préface* à A. WAHL. *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, 2 vol., Paris, 1891, p. I et II.

Les mêmes effets se produisent à l'égard des titres de créances au porteur tant civils que commerciaux. C'est, en effet, l'une des caractéristiques de la Jurisprudence que d'avoir admis la clause au porteur et d'en avoir consacré les effets sans hésitation (1). Il ne convient pas cependant de s'exagérer la hardiesse des tribunaux sur ce point, car le billet au porteur était facilement admis par l'Ancien droit; ils n'ont fait que continuer les errements pratiqués auparavant (2).

Quels sont les effets de la perte ou du vol sur ces titres au porteur? La loi du 15 juin 1872 a apporté aux règles du droit commun des modifications importantes; encore faut-il que l'opposition ait été faite conformément à l'article 2 de la loi du 15 juin 1872 (modifié par la loi du 8 février 1902) avant la négociation; si la négociation est antérieure à l'opposition le droit commun est à nouveau applicable (art. 12, al. 2, l. 15 juin 1872); mais les conditions à réunir pour qu'intervienne l'Apparence ne se présentent que très difficilement (3).

Etant données les formalités à remplir pour faire opposition, il est évident que la loi du 15 juin 1872 n'est pas applicable aux créances au porteur se présentant sous la forme d'une grosse notariée. De toute nécessité, c'est le

1. Req., 4 janvier 1878, S. 1878.1.404; Civ., 31 octobre 1906, S. 1908.1.305 note de M. LYON-CAEN, D. P. 1908.1.497; Req., 18 janvier 1911, S. 1911.1.320, D. P. 1916.1.231; Req., 27 mai 1913, D. P. 1913.1.529 note de M. LACOUR; Civ., 26 janvier 1920, S. 1921.1.377. — Bordeaux, 22 janvier 1839, S. 1839.2.258; Bordeaux, 7 février 1846, S. 1846.2.321; Paris, 22 mai 1895, S. 1896.2.251. — Tr. civil Versailles, 23 novembre 1921, Gaz. Pal., 1922.1.80.

2. Cf. H. CAPITANT, *De la Cause des Obligations*, p. 431, note 2.

3. Paris, 16 novembre 1927, D. H. 1928.108.

droit commun qui est seul applicable. Mais l'article 2280 al. 1^{er} ne pourra jamais intervenir; les créances civiles au porteur ne se négocient pas « dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles »; il s'agit, la plupart du temps de créances notariées, hypothécaires ou non, qui se négocient entre particuliers ou par l'intermédiaire des notaires sans que soient réalisées les conditions à interpréter strictement qu'exige l'article 2280; nous n'avons trouvé sur ce point aucune espèce et nous croyons avoir fourni de cette absence une explication satisfaisante.

19. — IV. Enfin, il est des meubles qui, par suite de leur importance sont soumis à des modes de transmission particuliers: ce sont les bateaux de rivière et les navires de mer.

La loi du 5 juillet 1917 « sur l'immatriculation des bateaux de rivière » prévoit une publicité dont les effets sont ceux ordinairement attachés en droit français à une mesure de publicité. « Tous les actes n'ont d'effet à l'égard des tiers qu'à dater de cette inscription » (art. 16, L. 5 juillet 1917). Par conséquent, l'apparence ne peut intervenir que lorsque le même bâtiment a été vendu deux fois et que le second acheteur a le premier transcrit son titre. Le mécanisme est exactement le même qu'en matière immobilière.

Beaucoup plus complexe est la question de la mutation en douane. Quels sont les effets de cette formalité? Un point est hors de doute: la mutation en douane rend opposable, aux tiers dont le titre lui est postérieur, tous actes qui y ont été soumis. C'est le but commun de toutes les mesures de publicité.

Mais sont-ce là les seuls effets de la mutation en douane? Voici l'hypothèse où la question peut se poser : une première vente pour une raison quelconque, incapacité, vice du consentement, défaut de paiement est annulée. Mais avant que n'ait été intentée une action en nullité, l'acheteur *régulièrement inscrit*, à la suite de la première opération, avait lui-même aliéné le navire à un tiers de bonne foi. Si les règles ordinaires du droit civil sont ici applicables, le sous-acquéreur n'a obtenu qu'un droit soumis à résolution. C'est la conséquence qu'admet Danjon. Cet auteur se refuse, en effet, à accorder d'autres effets à la mutation en douane que ceux attribués aux autres mesures de publicité. « Dans l'état actuel de notre législation, dit-il, la mutation en douane pas plus que les autres formalités de publicité que nous connaissons n'ajoute rien à la valeur intrinsèque des droits inscrits; elle n'a d'autre effet que de rendre ces droits, tels quels, efficaces à l'encontre des personnes qui pourraient être tentées de les méconnaître sous prétexte qu'elles les ont ignorées » (1). M. Ripert, au contraire, accorde à la mutation en douane une efficacité particulière, car l'inscription sur les registres « tant qu'elle n'est pas annulée vaut titre pour le vendeur et met le sous-acquéreur à l'abri de toute éviction » (2). Cette doctrine conduit donc, à accorder au sous-acquéreur un droit *instantanément consolidé*. Il ne saurait être discuté qu'il y ait là un cas d'apparence. Les tribunaux ont été à plusieurs reprises, appelés à déterminer les effets de la mutation en

1. DANJON. *Traité de Droit maritime* (2^e éd. LEPARGNEUR), Paris, 1926, p. 232 et 233.

2. RIPERT. *Droit maritime*, 3^e éd., Paris, 1929, n^o 432, p. 498.

douane (1); mais jamais la question ne s'était posée et n'avait été résolue d'une façon aussi nette que dans une espèce toute récente (2). Les faits se présentaient ainsi : un contrat de vente de navire avait été résolu pour défaut de paiement du prix. Avant que l'ancien propriétaire ait fait procéder à une mutation en douane des hypothèques avaient été consenties sur le navire, par le propriétaire inscrit. Demeuraient-elles valables après la résolution des droits de celui qui les avaient consenties? A cette question le tribunal a répondu affirmativement «... il y a lieu de décider que même au cas où le propriétaire n'est qu'apparent parce que son droit est frappé d'une nullité ou d'une cause de résolution et que, sur cette apparence des droits se sont constitués, l'action en nullité ou en résolution de la vente ne saurait préjudicier à ceux qui ont valablement traité avec l'acquéreur sur le vu des registres des soumissions et de l'acte de francisation; adopter une autre solution aurait comme résultat de supprimer le crédit hypothécaire maritime puisque les créanciers ne sauraient jamais s'ils traitent ou non avec le véritable propriétaire. » Cette argumentation pourrait sans changement important au fond être appliquée au cas de sous-aliénation; car, la même décision contient cette affirmation d'ordre très

1. Civ., 3 juin 1863, S.1863.1.287, D. P. 1863.1.289; Civ., 16 mars 1864, S. 1864.1.111, D. P. 1864.1.161; Civ., 27 février 1877, S. 1877.1.209, D. P. 1877.1.209; — Rouen, 25 juin 1926, Drt. marit. fr., 1926.704; — Tr. comm., La Rochelle, 3 septembre 1886, R. i. D. m., 1886-87.436; Tr. comm., Nantes, 17 décembre 1887, R. i. D. m. 1888-89.296; Tr. civ. Seine-Inférieure (section du Havre), 25 février 1928, Dr. marit. fr., 1928. 212 note de M. RIPERT.

2. Tr. civ. Seine-Inférieure (section du Havre) *précité*.

général « *est seul propriétaire à l'égard des tiers celui qui est inscrit à l'acte de francisation.* » (1).

SECTION II

Les Meubles incorporels

L'Apparence joue, en cette matière, un très grand rôle, les hypothèses sont nombreuses, les cas d'application fréquents et si divers qu'il est nécessaire de procéder à plusieurs discriminations.

§ 1^{er}. — *Les Créances à personnes dénommées.*

20. — I. De même qu'en matière immobilière, un cessionnaire second en date, mais de bonne foi, qui a opéré le premier la mesure de publicité est préférable au premier cessionnaire qui a négligé de faire signifier sa cession. Cette exception à la règle *Nemo plus juris* n'a pas soulevé les mêmes objections qu'en matière immobilière bien que la question se posât dans les mêmes termes; le problème était évidemment moins grave, car le droit des créances était beaucoup moins important (2).

D'autre part, l'acceptation de la cession, autre moyen de publicité indirecte, crée à l'égard du cessionnaire une situation plus solide que celle que lui procure une signi-

1. Tr. civil Seine-Inférieure (Section du Havre) *précité*.

2. Le cessionnaire d'une créance à personne dénommée victime d'un vice du consentement, revend cette créance à un tiers de bonne foi. La situation se présente dans les mêmes conditions que lorsque l'objet du contrat est un immeuble. L'annulation de la première cession ne peut avoir d'effet à l'encontre du sous-acquéreur (cf. n° 15).

fication de la cession; en effet, d'après l'art. 1295 (C. civ.) la compensation qui serait opérée avant l'acceptation entre l'obligation cédée et une dette du créancier cédant envers le débiteur cédé, n'est pas opposable au cessionnaire.

21. — II. D'après l'article 1240 (C. civ.) le paiement fait de bonne foi par un débiteur est libératoire à son égard bien qu'il ait payé entre les mains d'un simple possesseur de la créance. Il y a unanimité en doctrine pour ne pas assimiler le détenteur au possesseur (2). Les auteurs voient ordinairement dans cet article une application de la théorie de l'héritier apparent; c'est là une vue exacte, mais l'article 1240 ne pourrait-il pas intervenir en cas de cession de créance publiée conformément à l'article 1690? La cession pour une raison de fond, défaut de capacité ou vice de consentement, serait nulle; mais par application de l'article 1240 le cessionnaire dont le titre est régulièrement publié ne pourrait-il pas être assimilé à un possesseur de la créance, et le paiement qu'il reçoit ne pourrait-il pas être libératoire? Cette combinaison des articles 1240 et 1690 (C. civ.) nous paraît reposer sur des bases solides et nous nous réservons d'en tirer des conclusions quant à l'efficacité de la signification.

L'article 145 (C. comm.) qui vise le paiement d'une lettre de change à son échéance et sans opposition, est à rapprocher de l'article 1240 (C. civ.); le législateur, en le rédigeant, a de même eu en vue la nécessité de protéger celui qui paie sans avoir pu déceler la nullité du titre du

1. AUBRY et RAU, t. IV, § 317, 5^e éd.; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. *Les Obligations*, t. II, n^o 1446; LAROMBIÈRE, t. IV, p. 105 et s.; LAURENT, t. XVII, p. 530.

prétendu créancier. Comme beaucoup de dispositions concernant la lettre de change, l'article 145 a été appliqué au paiement sur chèque faux; cette extension n'est en rien contestable mais, comme nous aurons l'occasion de le montrer, elle n'a pas rendu plus facile la solution du problème qui se posait et n'en a même pas modifié les données.

22.— III. Dans l'hypothèse de délégation, le débiteur délégué ne peut pas invoquer contre le délégataire les exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant, dès lors que celles-ci ne résultent pas du titre de la délégation. Le délégant a donc transmis au délégataire plus de droits qu'il n'en avait lui-même; quant au délégué qui a été obligé d'exécuter son engagement, il est réduit à exercer une action d'enrichissement sans cause contre le délégant, c'est-à-dire qu'il se trouve seul exposé aux risques de l'insolvabilité de ce dernier. Il en est ainsi que la délégation soit parfaite ou non, c'est-à-dire que le créancier délégataire ait ou non consenti à libérer son débiteur, le délégant.

§ 2. — *Les Titres nominatifs*

23. — La question se présente sous un jour quelque peu différent quand il s'agit de titres nominatifs. Elle est, en fait, très pratique car fréquemment, les rentes sur l'État, les actions et les obligations de sociétés industrielles revêtent la forme nominative. L'idée de l'incorporation du droit dans le titre, en admettant qu'elle soit applicable en ce cas, ce qui est fort discuté, se présente

sous un aspect différent et produit des effets particuliers.

Le titre est parfois représenté par deux écrits :

1^o) L'un constitué d'une feuille volante qui pourrait, par suite, se transmettre *matériellement* de la main à la main. *Mais ce transport n'aurait aucune valeur juridique* car il ne concernerait qu'une simple représentation du titre véritable. Aussi beaucoup de sociétés ont-elles jugé préférable de s'en tenir à la partie essentielle du titre nominatif.

2^o) Celle-ci consiste en une inscription sur un registre spécial. Seule la modification de cette inscription peut entraîner une transmission de propriété.

Dans quelle mesure l'Apparence va-t-elle résulter de cette inscription?

La question ne saurait se poser qu'au sujet de *transfert réel de titres nominatifs* (1). On entend par transfert réel la négociation qui s'opère sans que le titre nominatif ait été, au préalable, converti en titre au porteur. Il en est ainsi en deux cas bien distincts.

1^o) Quand l'opération se conclut directement entre le cédant et le cessionnaire sans intervention d'un agent de change.

2^o) Quand le titre est essentiellement nominatif, comme les actions de la Banque de France et de la plupart des Compagnies d'Assurances. Dans ce cas, la négociation en Bourse n'est pas précédée d'une conversion du titre

1. MINARD. *Du Titre nominatif, Nature et fonctionnement*, thèse Paris, 1897; BÉZARD-FALGAS. *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et d'obligations nominatives*, Paris, 1924; WAGNER. *Essai sur la nature juridique du transfert réel et de la conversion au porteur de titres nominatifs*, Rev. trim., 1930, p. 703 et s.

nominatif en titre au porteur. Il y a seulement *transfert d'ordre* opéré au nom de l'agent de change qui représente le cédant.

Quand il ne s'agit point d'un *transfert réel*, les titres nominatifs subissent *une conversion au porteur* avant d'être négociés. Cette conversion n'est opérée qu'après une procédure qui permet de s'assurer de la régularité de l'opération. Mais ces formalités ne présentent du point de vue de l'Apparence aucun intérêt. Les titres convertis sont négociés, en effet, comme des *titres au porteur*. C'est ce seul fait qui importe. S'il se présente un cas d'Apparence, le problème sera résolu au moyen de l'article 2279 (C. civ.); le tiers a, en effet, acquis des *titres au porteur* valables comme tels, puisqu'ils sont, par hypothèse, régulièrement émis et qu'ils n'ont été ni perdus ni volés. Tout en reconnaissant l'importance considérable de la conversion nous sommes amené à ne lui accorder aucune influence dans la création d'une situation apparente.

Le cas pratique d'Apparence se présente en ces termes en matière de transfert réel : *Primus* cessionnaire a traité avec *Secundus* dont le nom est inscrit sur le Grand Livre de la Dette publique ou sur le registre social. Or le cédant était par hypothèse incapable ou encore n'était pas le véritable propriétaire des titres parce que son contrat d'acquisition n'était pas régulier.

La doctrine classique s'inspirant de la règle *Nemo plus juris...* contraindrait à préférer le véritable titulaire au tiers acquéreur qui s'est laissé tromper. *Secundus* qui était incapable ou n'avait aucun droit n'a pu conférer à *Primus* qu'une situation susceptible de rescision; par

conséquent les titres que *Primus* a acquis, dans des conditions irrégulières ne pourraient demeurer sa propriété. Mais les raisonnements abstraits ne l'ont pas emporté en cette matière. Il est, actuellement admis tant par la Doctrine que par la Jurisprudence que *les titres nominatifs ne se revendiquent pas* (1). Il s'ensuit que *Primus* a acquis un droit définitif bien que l'opération qui le lui confère soit nulle. C'est la réalisation du cas type d'Apparence dans toute sa simplicité (Cf. n° 3).

La Doctrine est unanime quand il s'agit seulement de déterminer les *raisons pratiques* de cette solution. Elles ont été résumées en ces termes par M. Wagner : « en raison de la sécurité qu'il convient d'apporter dans les transmissions de droits l'acquéreur doit être protégé lorsqu'il a traité dans des conditions qui justifient son erreur. C'est pourquoi l'apparence l'emportera souvent sur la réalité quand elle sera de nature à tromper un observateur consciencieux » (2). De plus « le bon sens répugne à l'idée que le possesseur d'un titre au porteur, c'est-à-dire d'un titre dont le créancier est indéterminé doive être mieux protégé que celui dont le nom figure sur le certificat lui-même » (3). Mais les auteurs sont en désaccord sur les

1. MINARD. *op. cit.*; BÉZARD FALGAS, *op. cit.*; WAGNER, *op. cit.*; DEMOGUE, notes dans Rev. trim., 1906, p. 165 et 908; JULLIOT. *Essai d'une nouvelle théorie sur le titre nominatif*, Rev. trim., 1904, n° 16 et 136; LÉVY-ULLMANN. *Essai sur les titres nominatifs*, Ann. Drt. comm., 1897, p. 57 et s.; SÉNAC. *Essai sur la revendication des titres nominatifs*, Thèse Toulouse, 1913, p. 374 et s.

2. WAGNER, *op. cit.*, p. 717. « La Société débitrice a accepté d'inscrire le cédant sur ses registres comme propriétaire du titre..., au regard du cessionnaire le droit de propriété du cédant est justifié par un titre qui a toutes les apparences d'un titre sérieux ». WAGNER, *op. cit.*, p. 719 et 720.

3. BÉZARD-FALGAS, *op. cit.*, p. 91.

raisons juridiques qui permettraient de justifier cette exception à la règle *Nemo plus juris*. De nombreuses doctrines ont été successivement présentées. Toutes ont immédiatement provoqué des objections. Il n'entre point dans le cadre de ce chapitre d'en faire une étude détaillée; un fait seul ici importe : *la non revendication des titres nominatifs*.

Quant à la Jurisprudence, elle s'est rendue aux raisons pratiques invoquées par les auteurs. Un arrêt de principe de la Chambre civile en date du 20 janvier 1876 décidait qu'une action en revendication « ne saurait être accordée contre *le cessionnaire de bonne foi* auquel le propriétaire dénommé dans l'inscription a cédé son droit établi par le titre avec l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par les lois spéciales *au transfert de rentes sur l'Etat*. (1) »

Étant donnée la similitude des circonstances la doctrine de cet arrêt a été étendue aux valeurs industrielles (2) et, récemment encore, le tribunal civil de la Seine, dans un jugement fortement motivé, déclarait que « sauf le cas où le nouvel acquéreur est de mauvaise foi laquelle ne se présume point, le titulaire antérieur d'un titre de cette nature qui en a été dépossédé, ne peut revendiquer contre lui, alors même que ce dernier aurait acquis ses droits d'un non-propriétaire ou que la négociation aurait eu lieu à la suite d'un faux.... » (3).

1. Civ., 20 juin 1876, D. P. 1877.1.33, S. 1877.1.450 et en renvoi, dans les mêmes termes, Amiens, 11 mai 1877, S. 1878.2.39, D. P. 1878.2.218; Req., 18 janvier 1905, S. 1906.1.347 (sol. impl.).

2. Civ., 15 janvier 1890, S. 1890.1.129, note de NAQUET; Req., 31 octobre 1900, Pand. fr., 1901.1.350, S. 1905.1.454.

3. 1^r. civ. Seine, 27 juin 1923, Gaz. Pal., 1923.2.289, conclusions de M. le Substitut CHATRY.

Cette solution ne s'est d'ailleurs pas imposée sans rencontrer des résistances. La Chambre civile elle-même a varié dans ses décisions. C'est ainsi qu'un arrêt a décidé que le transfert ne valait à l'égard des tiers que comme preuve écrite « pouvant même, vis-à-vis des tiers, être détruite par la preuve contraire conformément à la loi » (1). Cet arrêt souleva de très vives critiques (2). C'était toute sécurité qui disparaissait, car l'acquéreur aurait dû rechercher à la suite de quelles transactions son vendeur était titulaire de l'inscription. Cependant, la doctrine inverse était trop utile et trop solidement établie pour être renversée par une seule décision. A. Tissier écrivait dans sa note au Recueil Sirey que « cette solution (adoptée par la Chambre civile) ne serait pas vraie du tiers acquéreur après transfert opéré à son profit sur les registres. Il n'est pas douteux... que tout acquéreur d'un titre nominatif est après transfert à l'abri de toute revendication de la part des tiers et les vices qui peuvent entacher l'acquisition de son auteur sont donc purgés... » (3).

Le tiers acquéreur de bonne foi obtient donc un droit instantanément consolidé; mais quelle va être la réparation qu'obtiendra le titulaire véritable? Jusqu'ici nous n'avons guère posé la question, parce qu'elle ne présentait pas d'intérêt, ou comportait une réponse évidente : à cette place, le problème de la réparation est particulièrement délicat.

1. Civ., 18 octobre 1909, D. P., 1910.1.462, S. 1911.1.489, note de TISSIER.

2. DEMOGUE, note dans Rev. trim., 1909, p. 930. TISSIER, note précitée.

3. TISSIER, note précitée, in fine.

Il a été résolu en rendant responsables de la régularité des transferts les individus ou les organismes chargés d'y procéder : l'article 16 de l'arrêté du 27 prairial an X rend « les agents de change responsables de la validité des transferts de rentes nominatives sur l'État. » D'autre part, il est admis, aussi bien par la Doctrine que par la Jurisprudence, qu'un établissement industriel est responsable d'un transfert irrégulier de ses titres (1); cette responsabilité résulte de « l'engagement que l'établissement est tenu de prendre vis-à-vis de l'acquéreur de bonne foi, parce qu'en créant des titres *négociables*, il s'est obligé à en faciliter la négociation et à considérer comme titulaire celui qui viendra lui présenter le certificat d'inscription acquis régulièrement par lui, dans les formes légales » (2). Cette responsabilité est donc la conséquence du pouvoir de contrôle reconnu à l'établissement. Cette vérification s'étend, d'après l'article 16 de l'arrêté du 27 prairial an X, à l'identité du propriétaire et à la vérité de sa signature et des pièces produites. En matière de valeurs industrielles le régime est sensiblement le même : d'après l'article 36 du code de commerce la cession s'opère par une déclaration de transfert signée du cédant; quelques sociétés avaient pris l'habitude de faire intervenir le cessionnaire; la loi du 26 mars 1927 (art. 42) a supprimé cette pratique en disposant que : « Nonobstant toute clause contraire et sauf en ce qui concerne les titres

1. BÉZARD-FALGAS, *op. cit.*, p. 56 et s.; THALLER, *De la nature juridique du Titre de crédit*, Ann. Drt. comm., 1906-1907; WAHL, note au S. 1898.2. 289, sous Paris, 21 février 1896; Paris, 17 mars 1881, D. P. 1882.2.189; Tr. civ. Seine, 27 juin 1923 (2^e espèce) précité.

2. WAHL, note précitée.

non libérés, les sociétés et autres collectivités ne peuvent exiger l'acceptation du transfert par le cessionnaire ». L'établissement ne peut donc contrôler que la déclaration de transfert signée du cédant et la régularité quant à celui-ci de l'opération, c'est-à-dire que la vérification ne peut porter que sur la qualité de propriétaire et sur la capacité du cédant.

Une dernière observation s'impose. L'établissement n'est pas en mesure de contrôler la régularité du contrat qui a précédé la déclaration du transfert. Il ne saurait rechercher s'il s'agit d'un contrat à titre gratuit ou à titre onéreux, si la cause est illicite ou immorale. Par conséquent il ne saurait être rendu responsable d'une nullité du transfert provoquée par un vice dont serait entaché le contrat.

L'inscription prise fait foi, cependant, à l'égard d'un sous-acquéreur de bonne foi. Celui-ci reste propriétaire des titres nominatifs qui ne peuvent être revendiqués. Quant au titulaire véritable des titres il ne peut s'adresser à l'établissement qui n'est pas responsable en ce cas; il ne peut exiger le remboursement qu'à celui à qui il avait cédé les titres.

La règle de la non-revendication a débordé dans son application la règle légale de la responsabilité. Le système est mal équilibré.

§ III. — *Les Créances à ordre.*

24. — La clause à ordre est, en droit français, l'une des institutions qui provoquent le plus de situations apparentes.

Ses origines historiques manquent de netteté; faut-il la rattacher à certaines institutions du droit germanique, comme d'aucuns le prétendent? Faut-il, au contraire, y voir une création en quelque sorte spontanée, ou que l'on peut considérer comme telle, parce que au moment où elle apparaît pour la première fois, elle est déjà individualisée dans ses éléments et ses effets? Ces problèmes historiques n'entrent pas dans la nature de notre travail. Nous prenons la clause à ordre comme un fait moderne qui se suffit à lui-même, et dont l'origine ne permet en rien de préciser les effets.

Peu importe de même *l'explication juridique* : beaucoup ont été proposées. Aucune ne paraît vraiment concluante. Aucune n'a pu rallier toute la doctrine.

Il semble que la plus simple, la plus facile à concevoir, qui admet l'hypothèse d'une formation coutumière aux origines imprécises, soit aussi la plus juste. Elle est certainement la plus près des faits.

« Ce n'est pas une explication, en effet, si l'on veut isoler le droit de la réalité et n'y voir qu'une combinaison de concepts qui doivent se suffire à eux-mêmes. Mais c'est au contraire, le chemin et l'indication de l'explication véritable si l'on veut voir dans le droit un peu moins d'algèbre et un peu plus de vie et de réalités sociales » (1). A aller au fond des choses, la clause à ordre a été créée et s'est développée parce qu'elle était *utile*. Elle a pris naissance dans la coutume commerciale et sans doute plus

1. PICHON. *De l'Inopposabilité des Exceptions au porteur d'un titre à ordre*, thèse Paris, 1904, p. 105; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI. *Les Obligations*, n° 274.

spécialement dans la coutume des banquiers; elle vise à créer autant que possible de la sécurité pour le porteur du titre à ordre; c'est de ce besoin de sécurité qu'est née la règle de l'inopposabilité des exceptions, complément indispensable de la clause à ordre. « Cette règle interdit au débiteur d'opposer au porteur les causes de nullité ou d'extinction qui l'auraient libéré à l'égard d'un porteur antérieur. Ces titres (à ordre) présentent donc deux avantages considérables : ils facilitent la circulation de la créance qu'ils constatent et lui donnent une force nouvelle en la purifiant à chaque négociation des causes de nullité ou d'extinction qui ont pu l'infecter » (1).

L'application du principe de l'inopposabilité des exceptions conduit à écarter la règle *Nemo plus juris*; en effet, l'endossataire de bonne foi ne peut se voir opposer des exceptions qui auraient pu l'être à son endosseur immédiat ou à l'un des endosseurs antérieurs. Par suite de la transmission, le droit de l'endosseur est accru entre les mains de l'endossataire, ou plus exactement, celui-ci a plus de droits que n'en a eu l'endosseur. Ce n'est pas là une simple nuance : *l'endosseur n'a transmis et ne pouvait transmettre que les droits qu'il possédait lui-même*. L'endossataire a acquis *un droit différent, déterminé a priori*. La transformation du droit s'est opérée par le seul fait de la translation d'un patrimoine dans l'autre. Le résultat peut surprendre tout d'abord, car la logique semble imposer qu'il y ait concordance absolue entre le droit transmis

1. CAPITANT. *De la Cause des Obligations*, Paris, 1924 (2^e éd.), n° 185, p. 415.

et le droit reçu; mais le raisonnement logique, purement abstrait, ne saurait prévaloir contre l'utilité d'une règle coutumière qui a été créée et qui ne s'est maintenue que parce qu'elle était utile.

25. — La clause à ordre et son corollaire l'inopposabilité des exceptions sont d'origine commerciale; dans ce domaine, quelques-uns de leurs effets ne sont plus contestés : au cours du ^{xix}^e siècle la question s'est posée de savoir si la clause à ordre ne pouvait pas être étendue au droit civil; elle a été fort controversée. Elle ne manquait certes pas d'importance, car son introduction en droit civil était susceptible de bouleverser quant à leurs effets les règles classiques de transmission des créances. Au changement de forme correspond en effet, un changement dans le fond du droit. Lorsque le titre est revêtu de la clause à ordre, il est transmissible par voie d'endossement; les exceptions qui étaient opposables au créancier cédant, ne le sont plus au concessionnaire. Quand le titre, au contraire, ne contient pas la clause à ordre il se transmet par l'un des modes fixés par l'article 1690 (C. civ.); sauf les exceptions déjà indiquées (n^{os} 20 et s.) il y a correspondance absolue entre le droit transmis et le droit reçu.

Le transport-cession était considéré comme un procédé de transfert spécifiquement civil; la clause à ordre comme spécifiquement commerciale et par suite inapplicable en dehors du domaine commercial.

Mais ainsi formulée la distinction est inexacte. L'article 1690 n'est pas exclusivement applicable au droit civil : *toutes les créances commerciales ne sont pas à ordre*. La clause à ordre est obligatoirement insérée dans la

lettre de change et le billet à ordre; mais elle est facultative dans un certain nombre d'actes tels que le billet à la grosse (art. 313 C. comm.) et les connaissements (art. 281, *in fine* C. comm.). Par conséquent, une créance commerciale peut être transmise par la voie des formalités prévues par l'article 1690 (C. civ.) si elle est à personne dénommée. Il n'y a donc pas nécessairement correspondance entre l'expression : créance civile et les termes : acceptation et signification.

Existe-t-il par contre une corrélation indispensable entre les mots : créances commerciales et clause à ordre? Ne peut-il pas exister de créances civiles à ordre?

Le problème juridique ainsi posé se ramène en dernière analyse à savoir quelle est la nature juridique des formalités établies par les articles 1689 et suivants (C. civ.). Sont-elles d'ordre public ou n'ont-elles qu'un caractère interprétatif?

De nombreux auteurs partisans de l'interprétation stricte des textes ont vu dans la signification et dans l'acceptation qu'exigent les articles 1689 et s. des mesures de publicité analogues à la transcription des mutations immobilières entre vifs. Elles reposent, par suite, sur des considérations de crédit que la volonté des parties n'est pas libre d'écarter ou d'admettre à sa guise (1). Ces mesures de publicité devant faire connaître aux tiers la transmission dont la créance a été l'objet, elles ne peuvent être modifiées par

1. Huc. *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. 1^{er}, n° 454; LAURENT, t. XXIV, n° 498; MARCADÉ, t. VI, p. 32 et s. — Dans le même sens, Paris, 1^{er} février 1857, S. 1857.2.186; Riom, 27 juillet 1875, D. P. 1878.2.342; Caen, 14 juin 1876, D. P. 1878.2.133; Douai, 24 avril 1891, S. 1891-2.121.

la seule volonté des parties; le débiteur d'une créance ne peut pas plus renoncer à l'application de l'article 1690 (C. civ.) que l'acquéreur d'un droit immobilier ne peut renoncer à la transcription.

Malgré son caractère logique, cette interprétation ne s'est pas imposée. Son point de départ est, en effet, des plus fragiles : il est impossible de déterminer le caractère que le législateur a entendu donner aux dispositions de l'article 1690 (C. civ.). Le principe de la liberté des conventions, d'autre part, permet aux parties de donner à l'acte la forme qu'elles jugent la plus pratique. Enfin, les intérêts des tiers sont sauvegardés, bien que la clause à ordre ait été insérée dans une créance civile : les tiers cessionnaires connaissent la forme du titre pour en avoir reçu délivrance; quant aux créanciers du cédant qui voudraient faire une saisie-arrêt ils seront, en pratique, avisés par le débiteur. La clause à ordre dans les titres civils ne constitue donc pas un danger; il n'y a donc pas de raison pour ne pas en reconnaître la validité.

Aussi ne faut-il pas s'étonner que la Doctrine et la Jurisprudence soient aujourd'hui unanimes pour admettre cette extension de la clause à ordre (1). Ce résultat ne fut pas acquis sans résistances, mais il est maintenant définitif. Tout récemment encore la Commission franco-ita-

1. AUBRY et RAU, t. V, § 359 *bis*, p. 212, 5^e éd.; BAUDRY-LACANTINERIE, et SAIGNAT, n° 801; DEBRAY. *La Clause à ordre*, thèse Paris, 1892, p. 133 et s.; LACOUR et BOUTERON, n° 1317; LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. III, n° 98, t. VII, n° 156; PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 1620, 2671 et 3061; THALLER et PERCEROU, n^{os} 1337-1343. — Civ., 8 mai 1878, D. P. 1878.1.241, note de BEUDANT; Civ., 7 mai 1879, S. 1879.1.421; Req., 15 mars 1892, D. P. 1893.1.309.

lienne chargée de rédiger un projet de Code des Obligations, consacrait la clause à ordre en matière civile dans l'article 266 dudit projet (1).

Pour expliquer cette évolution n'est-ce pas la raison que formulait déjà Beudant qui est la seule vraie. ? « De plus en plus la pratique civile tend à s'écarter des habitudes lentes, graves et parfois circonspectes du droit commun; elle emprunte à la vie commerciale ses procédés.... (2) »

1. Art. 266 du Projet de Code des Obligations : « Les créances même civiles peuvent être établies sous la forme d'un titre nominatif, à ordre ou au porteur.

Dans ce cas, la cession s'effectue par voie de transfert, d'endossement ou de tradition.

Le souscripteur du titre ne peut opposer au porteur que les moyens de défense qui se réfèrent à la validité de l'engagement et à la forme du titre ou les exceptions personnelles au porteur ».

2. BEUDANT, *note précitée*.

CHAPITRE III

LA REPRÉSENTATION APPARENTE

26. — « Il y a représentation au sens précis du mot quand une manifestation de volonté émane non de celui qui doit naturellement la faire, mais d'une autre personne et que les effets s'en produisent, néanmoins, comme si la manifestation de volonté émanait de la première » (1).

Les cas de représentation sont multiples; ils résultent ou de la loi (tutelle légale, administration légale) ou de la convention (mandat).

Les règles de la représentation laissent-elles place à l'application de la théorie de l'Apparence? Le représenté peut-il être engagé à l'égard des tiers par des actes passés par un représentant qui, pour une raison quelconque, ne peut pas exciper de cette qualité?

Il est des hypothèses où la réponse ne saurait faire de doute car la loi elle-même sanctionne l'apparence. En effet, les articles 2005, 2008 et 2009 (C. civ.) au titre du mandat rendent opposables au mandant les actes passés avec des tiers de bonne foi par un mandataire révoqué pour quelque cause que ce soit, légale ou volontaire. Dans tous les cas le mandataire est sans pouvoir et cependant

1. DEMOGUE. *Obligations*, t. I^{er}, n° 89, p. 173.

le mandant ou ses héritiers sont valablement engagés par des actes qu'il a passés postérieurement à sa révocation. Nous n'insistons pas davantage sur ces solutions légales qui sont très connues et ne sauraient soulever aucune difficulté. L'application de la notion d'Apparence est indiscutable.

27. — De même en est-il encore dans l'hypothèse de la tutelle de fait; les tiers qui, par suite des circonstances, ont cru que le tuteur représentait valablement le pupille ne peuvent se voir opposer son défaut de qualité (1). Cette solution a été cependant contestée : M. Sumien affirme « qu'aucune hésitation ne peut se produire sur le sort des actes passés par un tuteur de fait : ils sont nuls... Dans tous les cas, l'acte a été accompli par quelqu'un qui n'avait pas qualité pour le faire : il est donc nul... Les tiers ne peuvent échapper aux effets de cette nullité en invoquant leur bonne foi, c'est-à-dire, en l'espèce, l'ignorance où ils se trouvent du défaut de qualité du tuteur » (2). Ce raisonnement est impeccable, en pure logique; il n'a cependant pas triomphé. Ainsi que nous l'avons signalé, une partie de la Doctrine s'est ralliée à la thèse contraire, en faisant remarquer l'analogie qui existait entre cette hypothèse et celle d'héritier apparent.

28. — Beaucoup plus importante et beaucoup plus pratique est l'application de l'Apparence aux manda-

1. AUBRY ET RAU, t. I^{er}, p. 588 et 726; COLIN ET CAPITANT, t. I^{er}, p. 519, 4^e éd., avec quelques restrictions, LORY, *Etude sur la tutelle de fait*, thèse, Poitiers 1909; PLANIOL, RIPERT ET SAVATIER, n^o 502 qui distinguent entre le tuteur de fait et le tuteur putatif.

2. SUMIEN. *Essai sur les tuteurs de fait*, Rev. trim., 1903, p. 801 et 802; dans le même sens au moins partiellement LORY, 1909, *op. cit.*, p. 74 et s.

taires de sociétés, gérants ou administrateurs délégués, ou directeurs. Le problème est complexe parce que ses données sont multiples. En effet, parmi les irrégularités que peut commettre un représentant de société il faut distinguer entre l'abus de pouvoir et l'excès de pouvoir. Cette distinction qui peut sembler assez subtile correspond dans la réalité à des situations différentes (1).

Quand le gérant ou l'administrateur commet un abus de pouvoir il reste dans les limites de ses fonctions, mais il les détourne de leur but social : ainsi le représentant d'une société dont les pouvoirs comportent la signature des effets de commerce se rapportant aux opérations de la société, abuse de ses pouvoirs s'il signe de la signature sociale des effets ayant pour but de régler une opération qui lui est exclusivement personnelle. Par contre, il excède ses pouvoirs, si les statuts lui interdisant de signer seul des effets de commerce même créés en vue d'opérations sociales, il les met en circulation sous sa seule signature.

L'excès de pouvoir pourrait être facilement découvert par les tiers qui consulteraient les statuts de la société. C'est là une précaution relativement facile à prendre, mais qui, en fait, est rarement prise. De plus, l'article 63 de la loi du 27 juillet 1867 ne fait pas aux greffiers une obligation de communiquer les statuts d'une société en nom collectif ou en commandite simple : en pratique l'effi-

1. Un abus ou un excès de pouvoir peut être également commis par un mandataire non gérant de société; la situation est, en pratique, absolument identique; les effets de l'apparence sont les mêmes, les actes passés par ce mandataire avec les tiers de bonne foi sont maintenues à l'égard du mandant. Seules, les conditions nécessaires pour qu'il y ait apparence, diffèrent.

cacité de ce mode de publicité est laissée à l'arbitraire des greffiers qui communiquent ou non les pièces; c'est une source supplémentaire de difficultés, car en fait un tiers contractant demandera très rarement au gérant de lui faire connaître les statuts de la société : c'est une initiative dénotant une grave suspicion, qui n'est pas entrée dans les habitudes commerciales.

Quant à l'abus de pouvoir il ne peut être révélé par la lecture des statuts. Seule l'analyse de l'opération commerciale permet de le découvrir. Mais «s'il fallait qu'avant de négocier un marché le contractant examinât la légitimité du but ou du motif auquel cède sa contre-partie il n'y aurait plus d'affaires possibles » (1). La question se pose la plupart du temps à propos d'une traite émise par le gérant. Si on ne peut exiger raisonnablement un contrôle approfondi de l'opération de la part du premier porteur, encore moins peut-on l'imposer à un tiers, porteur subséquent. Il en résulte nécessairement que la société est responsable à l'égard des tiers des opérations faites par son représentant bien qu'il ait excédé son pouvoir. Cette solution qui paraît défavorable à la société, a pour conséquence indirecte d'affermir son crédit. S'il n'en était pas ainsi qui oserait traiter avec le gouvernement d'une société? Sans doute, ne faut-il pas être trop absolu sur ce point : le créancier *personnel* d'un gérant qui aurait reçu en paiement une traite revêtue de la signature sociale ne pourrait pas toujours opposer sa bonne foi : il ne semble

1. THALLER, note au D. P. 1902.1.5 sous Req., 5 novembre 1900.

2. PERCEROU. *Des abus de la raison sociale*, Ann. drt. comm., 1898, p. 120.

pas que son opération fût opposable à la société. Mais a-t-on (1) remarqué « *les pouvoirs se limitent, non aux affaires sociales, mais à l'intérêt de la société...* et ce n'est pas du tout la même chose, puisque *la société peut avoir intérêt à souscrire des traites même pour dettes personnelles du gérant* ». Ceci est très exact quand la société est une société de personnes car le crédit de la société et celui des associés sont liés; la situation est tout à fait différente dans les sociétés de capitaux dont le crédit est indépendant de celui de ses membres. Cependant, même en cette hypothèse, la société est responsable des actes de son mandataire; pour prononcer de pareilles décisions qui assurent la sécurité des tiers de bonne foi, les tribunaux se sont implicitement inspirés de l'article 1384 al. 4 qui établit la responsabilité du commettant au sujet de tous les actes faits par le préposé dans l'exercice de ses fonctions. Dans la plupart des cas le représentant est lié par un contrat à titre onéreux (le tuteur est l'une des seules exceptions à cette règle), ordinairement le gérant d'une société en nom collectif reçoit une rémunération spéciale. Entre le mandataire salarié et le préposé la nuance n'est pas toujours sensible, car l'un et l'autre ont également reçu ces ordres qu'ils sont tenus de respecter. Il semble bien que l'article 1998 (C. civ.) d'après lequel « le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné » soit en régression devant l'article 1384 al. 4; cette dernière disposition domine parce qu'elle

1. PERCEROU, *op. cit.*, p. 144.

est beaucoup plus protectrice de la sécurité des tiers (1).

28 bis. — La loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée contient une disposition inspirée de la théorie allemande du Procuriste : « toute limitation contractuelle des pouvoirs des gérants est sans effet à l'égard des tiers » (art. 24, al. 2, *in fine*) (2).

1. Ce rapprochement n'est-il pas inexact quand le mandataire est un officier ministériel, un notaire par exemple. Celui-ci peut-il vraiment être assimilé à un préposé du mandat? Pour répondre à cette question il faut d'abord observer que le service n'est pas gratuit; d'autre part, la question ne se pose, en pratique, que si l'officier, ayant reçu des instructions restrictives de ses pouvoirs ordinaires, les enfreint pour agir conformément à ceux-ci. Y a-t-il en ce cas la subordination que l'on rencontre dans les rapports de commettant à préposé? A n'en pas douter, car la limitation du mandat ordinaire ne peut se concevoir sans un rapport de subordination qui permet à l'un d'ordonner à l'autre. Il y a ordre donné par le client d'atteindre tel but et celui-là seul; il y a liberté pour le mandataire de choisir les moyens; mais il ne pourra pas, sans engager sa responsabilité, aller au delà des pouvoirs qui lui sont donnés. Cependant à l'égard des tiers les actes passés, s'ils entrent dans les fonctions de l'officier ministériel, seront valables; c'est une conséquence de la théorie de l'apparence, la même d'ailleurs qui dans les autres cas de représentation. L'assimilation que nous avons proposée peut être admise mais seulement dans la mesure où l'officier ministériel a vu sa mission restreinte par des instructions spéciales.

2. Article 42 (C. comm. allemand) : « La procuration (Prokura) donne pouvoir pour tous les actes judiciaires et extra-judiciaires et pour toutes les opérations que comporte l'exercice d'un commerce... Le procuriste ne peut aliéner ni grever les immeubles s'il n'y a été spécialement autorisé ».

Article 43 : « Aucune limitation des effets de la procuration (art. 42) n'est opposable aux tiers.

Il en est ainsi notamment de la clause qui restreindrait la procuration à certaines affaires ou à certaines catégories d'affaires, qui la subordonnerait à certaines conditions ou qui en limiterait l'exercice à un certain temps, ou à des lieux déterminés ».

Les articles 114 à 117 et 231, al. 2 (C. comm. allemand) sont rédigés dans des termes à peu près identiques, et donnent aux gérants de société les mêmes pouvoirs qu'aux procuristes.

L'article 37, § 2 de la loi du 29 avril 1892 dispose que « à l'égard des

Quelle influence, ce principe, nouveau dans la législation française, peut-il avoir sur la notion d'Apparence?

Tout d'abord, nous ne pensons pas qu'il puisse être appliqué au cas d'abus de pouvoir. Par hypothèse le gérant a utilisé la signature sociale pour une affaire qui lui est strictement personnelle. Ce n'est pas la situation prévue par la loi de 1925 qui ne concerne que les opérations intéressant le fonctionnement de la société. Sur ce point particulier, la jurisprudence antérieure qui valide sous certaines conditions les actes entachés d'abus de pouvoirs, reste complètement étrangère au texte légal et n'est ni infirmée ni confirmée par lui.

L'intérêt que présente ce texte se restreint donc au cas où le gérant de la société a commis un excès de pouvoir. Le représentant de la société reçoit « tous les pouvoirs pour agir au nom de la société, en toutes circonstances » (art. 24, l. 7, mars 1925); mais ceux-ci ne sont nullement déterminés par la loi qui, par suite, renvoie, sur ce point, au droit commun. Or, les pouvoirs d'un gérant de société sont fixés, en France par l'usage, beaucoup plus que par les textes. La loi de 1925 a interdit la « limitation contractuelle » des prérogatives accordées aux gérants, ou plutôt les a rendues inopposables aux tiers (1).

Cependant, si l'idée est nouvelle dans la législation française est-elle complètement inconnue de la pratique judi-

tiers une restriction apportée aux pouvoirs des gérants de représenter la société n'a pas d'effet juridique ».

1. DROUETS. *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée*, nos 250 et s., LEPARGNEUR. *La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée*, Paris 1927, p. 60; PIC et BARATIN. *Les Sociétés à responsabilité limitée*, Paris 1927, p. 342.

ciaire? Non pas. Depuis longtemps déjà les tribunaux ont déclaré valables à l'égard des tiers de bonne foi les actes de gérant de société passés malgré une restriction contractuelle des pouvoirs ordinaires d'un gérant (1). La loi de 1925 a consacré cette jurisprudence, mais en quelque sorte « moralement »; elle ne s'applique, en effet, qu'à une seule catégorie de société; en ce qui concerne toutes les autres, les décisions de la jurisprudence conservent toute leur originalité et leur caractère hardi.

La loi de 1925 marque une tendance; si le législateur intervenait à nouveau et réformait le régime de toutes les sociétés, en rendant inopposables aux tiers les limitations des pouvoirs des gérants, il reproduirait une règle de jurisprudence française tout autant qu'il imiterait la législation allemande.

1. Req., 5 novembre 1900, S. 1901.1.127, D. P. 1902.1.5; Req., 17 mai 1905, *Gaz. Tr.*, 1905 (2^e S.) 1.192; Req., 21 mars 1910, S. 1913.1.297; Req., 14 janvier 1920, S. 1920.1.272, *Gaz. Pal.*, 1920.1.395.

CHAPITRE IV

L'APPARENCE DANS LE DROIT DES PERSONNES

§ 1^{er}. — *Le Domicile apparent.*

29. — Le domicile apparent présente un intérêt pour les tiers surtout en matière de procédure. Il s'est toujours agi, quand cette notion a été consacrée par les tribunaux, de valider les assignations ou les significations à domicile faites à l'occasion d'une action personnelle intentée devant le tribunal d'un arrondissement autre que celui du domicile véritable du défendeur (1). La jurisprudence s'est montrée très libérale; elle en est même arrivée à ne plus faire, en certains cas, de différence entre le domicile apparent et la simple résidence.

Certains auteurs (2) voient dans cette attitude une « méconnaissance des conditions juridiques de l'apparence »; cependant il nous semble qu'en cas de plusieurs établissements ou de plusieurs résidences d'importance sensiblement égale, il y a, pour les tiers, autant de domiciles apparents, car ils ne peuvent que très difficilement discerner où est le domicile véritable, ce domicile unique

1. E.-H. PERREAU. *Technique de la Jurisprudence*, t. 2, p. 199.

2. PLANIOL, RIPERT et SAVATIER. *Les Personnes*, n° 164.

que la loi situe « au lieu du principal établissement »; par suite, il est naturel de donner la qualité de domicile à l'établissement ou la résidence situé dans l'arrondissement où les tiers sont eux-mêmes domiciliés.

§ 2. — *La Capacité apparente.*

30. — L'incapacité, quelle qu'en soit la cause ne peut pas, en principe, être un élément constitutif d'apparence. Cette règle tient à des raisons très simples qu'il suffit d'énoncer pour qu'elles s'imposent. Chaque fois que l'Apparence est reconnue efficace, soit par la loi, soit par la jurisprudence, c'est parce que la situation du tiers trompé a été jugée préférable à celle du titulaire véritable du droit ou de la qualité. La sauvegarde des intérêts du tiers repose sur des considérations économiques et sociales qui exigent que certaines transactions ne soient pas livrées à l'incertitude. Ces considérations s'opposeraient, semble-t-il, à ce qu'un incapable pût demander l'annulation des actes qu'il a conclus avec un tiers de bonne foi. Mais pour des raisons tant économiques que morales il était du devoir de la loi d'intervenir pour protéger « les incapables : la femme mariée, le mineur, l'aliéné, l'interdit, le prodigue... Le législateur entend que cette protection soit réelle et efficace et l'élève à la hauteur d'un principe d'ordre public » (1).

Cependant, ce principe d'ordre public n'est pas appliqué dans tous les cas; la protection accordée aux incapables est

1. AGATSTEIN. *Le Dol des incapables à l'occasion d'un contrat*, thèse Paris 1927, p. 8 et 9.

restreinte par certaines limites. C'est la loi elle-même qui est entrée dans la voie de la restriction du principe : les actes passés par les incapables sont nuls seulement de nullité relative « ce qui est mettre à la disposition de l'individu le respect d'un principe d'ordre public » (1); par voie de conséquence la prescription de la nullité est limitée à dix ans à compter de la fin de l'incapacité (art 1304, C. civ.); enfin la ratification de l'acte nul est possible.

Toutefois, si cette nullité est relative dans son principe en ce sens que l'incapable seul ou son représentant peut l'invoquer, elle est absolue dans ses effets : elle participe, en effet, du caractère réel des nullités en droit français que consacrent les articles 2125 et 2182, al. 2 (C. civ.). C'est là un grave danger pour le sous-acquéreur quand il n'est pas protégé par une autre source d'apparence, « publicité à force probante » par exemple. Il se fie, en général au contrat que lui présente son vendeur. C'est, en effet, une précaution excédant les limites normales de la prudence que de s'enquérir de la capacité de l'auteur de son auteur. Que l'ayant cause direct de l'incapable, qui aurait pu se renseigner soit contraint de restituer l'immeuble quand il l'a encore en sa possession, il n'y a là rien que de très normal; mais que le sous-acquéreur qui n'a rien à se reprocher, qui a agi prudemment, soit néanmoins obligé de restituer l'immeuble en nature, sauf action en garantie contre son vendeur, c'est là un résultat malheureux, mais inévitable en droit français.

1. DEMOGUE. *Obligations*, t. II, n° 661.

Cependant les tribunaux tout en reconnaissant le caractère d'ordre public de la protection accordée aux incapables, n'ont pas accepté qu'à l'abri des règles légales, les incapables eussent les moyens de tromper les tiers sans jamais subir les conséquences de leur fraude. Dans la mesure où l'incapable se montre indigne de la protection que lui accorde la loi, il n'est pas reçu à demander la nullité de ses actes. La validité de l'acte constitue précisément la sanction de son indignité. C'est le système de répression le plus souple et celui qui donne le plus aisément satisfaction aux tiers qu'il s'agit de protéger. L'appréciation des dommages-intérêts serait toujours fort délicate et soulèverait des complications inutiles; de plus, elle entraînerait ce résultat paradoxal que le mineur pourrait demander la nullité de l'acte, mais devrait indemniser son co-contractant pour la perte qu'il lui fait subir.

Cette réparation en nature est appliquée, quel que soit l'objet du contrat, meuble ou immeuble. Mais « pour sacrifier la réalité et sanctionner l'apparence de capacité, cette apparence doit résulter d'un ensemble de faits de nature à inspirer confiance et à déjouer tout contrôle » (1).

31. — La validité des actes passés par l'incapable est, en principe, d'origine jurisprudentielle; cependant, il existe une hypothèse où la loi elle-même sanctionne un état de capacité apparente.

Depuis la loi du 6 février 1893, la femme séparée de corps jouit d'une pleine capacité civile, c'est-à-dire qu'elle peut faire sur son patrimoine tous actes même de disposition

1. AGATSTEIN, *op cit.*, p. 147.

sans avoir à demander au préalable l'autorisation de son mari ou de justice. D'autre part, la loi a prévu le cas d'une réconciliation des époux qui entraîne « la cessation de la séparation de corps ». La capacité civile de la femme est restreinte; la séparation de biens qui subsiste malgré la réconciliation ne donne à la femme que des pouvoirs d'administration au moins sur ses immeubles; pour les aliéner il lui est indispensable d'être autorisée. Mais cette restriction pourrait être préjudiciable aux tiers qui ignore-raient la réconciliation, si le défaut de capacité entraînait la nullité de la vente. Aussi la loi tenant compte de la sécurité des tiers a-t-elle décidé que les effets de la réconciliation ne pourraient être opposés aux tiers qu'à la condition d'avoir été soumis à un certain nombre de mesures de publicité dont la plus efficace est, à n'en pas douter, la mention en marge de l'acte de mariage et de la décision qui avait prononcé la séparation. Tant que cette publicité n'est pas réalisée la femme conserve à l'égard des tiers une capacité apparente.

Nous avons mentionné cette hypothèse, mais elle ne présente pas un intérêt pratique important. Pour donner à une femme mariée pleine capacité civile il est beaucoup trop compliqué et trop onéreux de faire prononcer une séparation de corps que suivrait une réconciliation non publiée; il est préférable de donner à la femme un mandat très étendu allant jusqu'au pouvoir d'aliéner les immeubles. Le défaut de cette méthode réside dans la révocabilité du mandat mais la réconciliation peut également être publiée à tout moment par le mari, ce qui constitue un genre de révocation.

Il y a là un cas d'apparence, ainsi que nous l'avons dit, mais fort peu pratique.

§ 3. — *Le Mariage apparent* (1). *Le Concubinage.*

32. — Les effets du concubinage sont multiples et tendent à se modeler de plus en plus sur les effets du mariage.

Nous n'envisageons le concubinage que dans ses effets pécuniaires à l'égard des tiers, en tant que ceux-ci peuvent le prendre pour un mariage régulier. Nous négligeons complètement les effets du concubinage entre concubins ou entre ces derniers et leurs enfants; ce sont là, des questions qui n'entrent pas dans le cadre de notre étude car elles mettent en jeu d'autres principes que l'Apparence.

1. Cette rubrique ne comprendra pas le mariage putatif. Cette élimination exige quelques explications. Le mariage putatif ne produit tous ses effets que *jusqu'au jour de son annulation* (AUBRY et RAU, t. VII, p. 69, 5^e éd., BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, n^o 1912; PLANIOL, RIPERT et ROUAST. *La Famille*, n^o 324). Il n'y a donc pas à l'égard des époux même de bonne foi consolidation définitive d'une situation irrégulière. A l'égard des tiers, il y a eu mariage régulier *jusqu'à l'annulation*, et non pas « apparence de mariage ».

Nous ne connaissons qu'une espèce où le principe du *mariage apparent* ait été implicitement admis par la Cour de Cassation: c'est dans l'affaire célèbre des mariages de Montrouge (Civ., 7 août 1883, S. 1884.1.5, rapport du conseiller MONOD, note de LABBÉ). Le conseiller municipal qui avait procédé à ces mariages avait été irrégulièrement délégué dans les fonctions d'officier d'état-civil; dans les autres espèces plus récentes, le mariage célébré par un tiers instrumentaire incompétent est déclaré mariage putatif et non pas mariage apparent (Civ., 30 juillet 1900, D. P. 1901.1.317, S. 1902.1.225; Civ., 5 janvier 1910, D. P. 1911.1.338; Tr. civ. Beaune, 7 mai 1897; *Pand. fr.*, 1898.2.79).

De même nous éliminons l'hypothèse de la « possession d'état de femme mariée » pour une raison des plus simples qui tient dans la distinction suivante : ou la possession d'état correspond à la réalité juridique et il y a *mariage*, ou elle n'y correspond pas et il y a *concubinage*.

A l'égard des tiers, la question qui se pose est la suivante : le concubin est-il tenu des dettes contractées par la concubine pour assurer le fonctionnement journalier de leur association? A supposer que la réponse à cette question soit affirmative, l'obligation du concubin lui sera-t-elle exclusivement personnelle, ou la concubine sera-t-elle solidairement responsable?

Le problème s'est souvent posé devant les tribunaux — il a été diversement résolu selon les époques. Les décisions anciennes (1) n'acceptaient aucun rapprochement, sur ce point, entre le mariage et le concubinage; le concubin n'était pas engagé car il n'existait entre lui et le fournisseur aucun lien de droit. Mais c'était là un grave danger pour les commerçants qui, surtout dans les grandes villes, ne pouvaient s'assurer de l'état civil de leurs clientes (2).

Une difficulté de nature presque identique s'était pré-

1. La dernière décision, en ce sens, que nous connaissons est un jugement du tribunal civil de la Seine (11 décembre 1901, D. P. 1902.2.133), dont voici l'argumentation qui est un chef-d'œuvre de logique abstraite : « que L. et C^{ie} ne peuvent prétendre à l'existence d'un mandat tacite donné par un mari à une femme qui résulte des circonstances impliquant nettement l'idée que celui qui agit au nom d'une autre personne est investi du pouvoir d'agir; que le mariage crée des droits et des obligations réciproques; qu'en outre, le mari doit fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie; que la femme, selon les mœurs et coutumes, a la charge de diriger l'intérieur du ménage et par suite le droit d'obliger son mari dont elle porte légalement le nom, en ce qui concerne l'acquisition des provisions ordinaires, vêtements, etc... qui sont des choses nécessaires à la vie commune; que telle n'est pas la situation des défendeurs; que si la demoiselle G..., a pris le nom de Lang qui n'était pas son mari; que si elle s'est fait délivrer des fournitures sous ce nom, ces faits ne sauraient établir un lien de droit entre L. et C^{ie} et Lang; que si L... et C^{ie} prétendent n'avoir fait crédit à la demoiselle G... qu'à cause de la vie commune existant entre elle et Lang, *ils ont commis une imprudence en ne se renseignant pas sur la situation respective des défendeurs* ».

2. E.-H. PERREAU, *op. cit.*, p. 201.

sentée à propos des opérations journalières de la femme mariée : le mari était-il engagé bien qu'il n'eût pas donné d'autorisation préalable? La jurisprudence a accordé à la femme un mandat domestique qui lui permet de procéder aux achats qu'implique la vie normale du ménage, compte tenu de ses ressources pécuniaires et de sa situation sociale. En opérant dans les limites de ce mandat tacite la femme engage le patrimoine propre de son mari et celui de la communauté.

Les raisons qui avaient fait admettre ce mandat domestique de la femme mariée militaient en faveur de l'obligation du concubin; les tiers se trouvaient ainsi beaucoup mieux protégés. Aussi, ne faut-il pas s'étonner de ce que les plus récentes décisions (1) admettent sans difficulté que le concubin est tenu d'acquitter les dettes contractées par la concubine dans la mesure de leurs ressources. Mais un doute subsiste encore sur la nature de cette obligation. Sera-t-elle personnelle ou sera-t-elle solidaire? La réponse n'est pas uniforme : certaines décisions (2) faisant un rapprochement entre le mariage et le concubinage étendent à celui-ci, implicitement, la notion de mandat domestique : il s'ensuit que le concubin est, *seul*, tenu de la dette. D'autres décisions (3) au contraire, ne retiennent que l'intérêt retiré, par l'un et l'autre concubins de la fourniture. Aucun

1. Paris, 21 novembre 1923, *Gaz. Pal.*, 1924.1.187; Tr. civ. Seine, 10 décembre 1901, D. P. 1904.2.238; Tr. civ. Nice, 27 octobre 1909, D. P. 1912.2.216; Tr. civ. Seine, 10 juillet 1912, *Gaz. Tr.*, 1912 (2^e série).2.377; Tr. civ. Bordeaux, 9 février 1914, *Rec. Bordeaux*, 1914.3.24.

2. Tr. civ. Nice, 27 octobre 1909, précité; Tr. Paix Paris, 17 janvier 1908, *Tables Gaz. Pal.*, 1907-1912, vol. 1-58.

3. Paris, 21 novembre 1923, précité; Tr. civ. Seine, 10 décembre 1901 et 10 juillet 1912, précités; Tr. civ. Bordeaux, 9 février 1914, précité.

d'eux n'est obligé « de fournir à l'autre ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie » ainsi que l'exige l'article 214 (C. civ.) du mari à l'égard de la femme. C'est, en effet, cette obligation résultant de l'article 214 qui explique que le patrimoine propre de la femme ne réponde pas des frais engagés par elle pour l'entretien du ménage. Ce texte ne pouvant être appliqué au cas de concubinage, chaque individu devrait être obligé *eu égard à l'utilité qu'il a retirée de la fourniture*. Cette solution présente l'inconvénient d'être difficile à appliquer, aussitôt que l'on ne se borne pas à partager toutes les dépenses par moitié.

Aussi, semble-t-il que l'obligation *solidaire* des concubins est plus fréquemment admise; cette solution est évidemment contraire à la règle d'après laquelle la solidarité ne se présume pas; mais elle se rattache à un principe jurisprudentiel qui veut que soit solidaire toute dette de fournitures destinées à assurer l'existence de plusieurs personnes vivant en commun (1).

Nous ne cachons pas nos préférences pour cette dernière solution qui est beaucoup plus près de la réalité que celle qui étendait à la concubine le mandat domestique de la femme mariée; de plus, par la solidarité, deux individus, au lieu d'un, étant engagés, la protection des fournisseurs est beaucoup mieux assurée.

Quelle que soit la solution adoptée, il était malaisé de la justifier. Comment rendre juridique l'obligation *de fait* qui pesait sur le concubin? La *faute* que celui-ci a commise ou surtout est présumé avoir commise est un procédé

1. Cf. Req., 8 janvier 1906, D. P. 1908.5.8.

très simple qui permet d'arriver au résultat désiré. « A quoi équivaut dans la réalité des choses, à imputer à faute d'avoir même par négligence et sans fraude caractérisée, induit des tiers en erreur, sinon à atteindre quant à la *sauvegarde des intérêts des tiers*, le même résultat de fait que si le concubin était mari selon la loi? Les qualifications juridiques sont différentes. Mais il n'y a là qu'un artifice de juriste. Qui nierait qu'en fait les conclusions sont équipollentes? Et qui oserait prétendre que, l'évolution aidant, on n'établira pas, à la charge du concubin, une présomption de fraude qui deviendra présomption *juris et de jure* »? (1).

§ 4. — *Régime matrimonial apparent.*

33. — Cette situation résulte de deux lois qui ont complété le Code civil : la loi du 10 juillet 1850 dite loi Valette et la loi du 26 juin 1919.

La loi Valette a un but restreint : rendre inopposables aux tiers les clauses d'inaliénabilité des immeubles de la femme quand elles n'auront pas fait l'objet d'une mention spéciale dans l'acte de mariage. Si les époux, sur interpellation de l'officier d'état civil, affirment n'avoir pas fait de contrat de mariage ils sont réputés, à l'égard des tiers, mariés sous le régime de la communauté légale, alors même qu'ils seraient en réalité mariés sous le régime dotal.

La loi du 26 juin 1919 a complété l'article 252 du code civil; le divorce produit ses effets entre les époux, *en ce qui*

1. DE PAGE. *De l'Interprétation des lois*, t. II, p. 171, note 1.

touche les biens, à partir du jour de la demande; mais à l'égard des tiers le divorce ne produit ses effets que du jour de la transcription sur les registres de l'état civil. Il résulte de ce texte que le régime matrimonial continue de fonctionner comme si le divorce n'était pas intervenu; la communauté demeure le gage des créanciers du mari, et ceux-ci peuvent par suite saisir les biens qu'elle renferme; de même encore, tous les actes passés par le mari, sans fraude, seront valables à l'égard des tiers. Il y a bien là une situation apparente car le régime matrimonial qui n'existe plus entre les anciens époux fonctionne comme par le passé à l'égard des tiers qui conservent tous leurs droits ou peuvent en obtenir de nouveaux qui ne pourront être détruits.

CONCLUSION DE LA PARTIE PRÉLIMINAIRE

34. — De cette étude des Effets de l'Apparence, il se dégage très nettement que ceux-ci ne se présentent que lorsque se trouvent réunis deux éléments :

1^o Un *élément matériel* qui constitue en la personne de son détenteur une situation juridique contraire à la réalité, mais qui lui confère les signes extérieurs d'un titulaire véritable.

2^o Un *élément psychologique*, diversement qualifié — erreur commune, erreur invincible, bonne foi, — et constitué par la méprise de celui qui s'est fié à des signes dont on ne peut exiger, en raison, qu'il reconnût l'inexactitude.

Ces deux éléments sont également indispensables. Chacun d'eux est nécessaire, mais insuffisant à lui seul.

L'élément matériel serait-il réalisé, il serait, sauf réserve exceptionnelle, inefficace, si la situation véritable était connue du tiers.

De même, la bonne foi existerait-elle, en fait, elle serait sans effet, si l'élément matériel ne réalisait pas certaines conditions destinées à lui assurer un minimum de « crédibilité » .

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DE L'APPARENCE

35. — L'Apparence, comme nous avons essayé de le montrer, a un champ d'application extrêmement vaste. Il n'est guère d'institution juridique qui y échappe complètement. Il en résulte, inévitablement, pour l'élément matériel qui contribue à la création de l'apparence une grande variété d'origines et par suite des aspects multiples.

Ces aspects, il est possible de les classer sous trois rubriques qui permettent de grouper toutes les solutions que nous avons analysées. L'élément matériel de l'apparence peut être :

1^o Une *mesure de publicité* à laquelle doit être soumis un acte juridique pour que soient réunies les conditions de son entière efficacité; (1).

2^o Un *acte juridique*, abstraction faite de la mesure de publicité.

Le code civil dans l'article 1108 fixe à « quatre les conditions essentielles pour la validité d'une convention : consentement, capacité, objet et cause. »

Parmi ces conditions, nous éliminons, dès maintenant l'*objet* qui forme la matière de l'engagement, car, d'après

1. Ces mesures « consistent toujours en artifices extérieurs, ajoutés à la constitution essentielle de l'acte, en vue de permettre aux tiers intéressés d'en être informés, et de façon à prémunir ces tiers contre les consé-

nos recherches, il ne peut jamais être à l'origine d'une situation apparente (1).

Nous retenons donc seulement les trois autres conditions. L'acte juridique constitue une apparence par la réunion d'un consentement et d'une cause sur un même *instrumentum*. Celui-ci ne fait preuve, par lui-même, que de la réalisation de ces conditions. Mais la capacité des parties à l'acte, leur qualité juridique qui leur permet de conclure une opération valable, sont les conséquences de circonstances extérieures à l'*instrumentum*, et ne peuvent, par suite, être prouvées par lui. Elles constituent la troisième source d'apparence (2).

3° Une *situation apparente*, terme un peu vague qui permet de grouper un grand nombre d'hypothèses. L'élément matériel est très complexe et ordinairement constitué par la combinaison d'un acte juridique et d'un état de fait. Le minimum à réaliser pour qu'il y ait apparence, est, par suite, beaucoup plus difficile à préciser que dans les cas précédents.

quences, préjudiciables pour eux, de l'acte non soumis, en temps utile, à la *forme de publicité* requise ». GÉNY. *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Elaboration technique du droit positif*, n° 205, p. 113.

1. Sauf au cas d'un abus de blanc-seing, ou falsification du chiffre de l'engagement, en matière de titres à ordre. Encore faut-il observer que l'objet de l'obligation ne crée pas une apparence par sa nature, mais plutôt par son montant.

2. Cette manière de fixer les éléments d'un contrat valable est inspirée de l'article 10 du *Projet de Code franco-italien*, des *Obligations* et des *Contrats* :

« Les conditions requises pour l'existence du contrat sont :

1° Le consentement des parties;

2° Un objet qui puisse être matière d'un contrat;

3° Une cause licite ».

TITRE PREMIER

La Publicité et l'Apparence.

CHAPITRE PREMIER

LA POSITION DU PROBLÈME

36. — « La publicité consiste à dire qu'une personne pourra se fier aux apparences, lorsqu'elles résulteront de mesures de publicité (1). »

Avant de commencer l'étude de cette source d'apparence il est nécessaire de situer « les mesures de publicité » dans la notion plus générale du formalisme. Pour s'en tenir à la définition fameuse d'Ihering, on entend par acte formel « l'acte dans lequel l'inobservation de la forme juridiquement prescrite pour la manifestation de la volonté réagit sur l'acte lui-même. » (2) Mais si cette définition est en tous cas exacte par suite de sa généralité, ce serait une erreur historique de considérer le formalisme comme une notion à contenu invariable. Elle a passé par de nombreuses phases dont la plupart ont laissé des vestiges; les

1. DEMOGUE. *Les Notions fondamentales de Droit privé. Essai critique*, p. 76; cf. H. MAZEAUD, *La Maxime : Error communis facit jus*. Rev. trim., 1924, p. 940.

2. IHERING. *L'esprit du droit romain*, traduction de Meulenaere, 2^e éd., 1880, t. III, p. 156.

mesures de publicité constituent l'une des manifestations les plus vivantes du formalisme.

37. — L'histoire du formalisme a pu longtemps se résumer en une « dématérialisation » continue de l'acte juridique; mais à l'heure actuelle, le mouvement est arrêté et même en régression.

Aux époques primitives, la conclusion d'un acte juridique consiste en une véritable mise en scène destinée à frapper l'imagination des parties et des témoins; puis, la portée abstraite de l'acte est facilement comprise sans que des procédés symboliques la concrétisent; la formule solennelle remplace le geste. Par la suite, insensiblement celle-ci voit ses cas d'application diminuer; pour « lier les hommes il suffit de plus en plus de la parole ».

Mais il ne faudrait pas s'y tromper, cette étape que le droit romain avait déjà parcourue, n'a pas encore été entièrement franchie. Bien que le droit français assure, dit-on, le triomphe du « spiritualisme » juridique, il connaît cependant des actes *nécessairement* solennels c'est-à-dire qui ne peuvent être passés qu'avec l'assistance d'un officier public (1); parfois le simple écrit sous seing-privé constitue une solennité indispensable pour la formation d'un contrat (2). Bien plus, l'exigence au-dessus du chiffre

1. Il en est ainsi en droit français pour cinq contrats : la donation entre vifs, le contrat de mariage, le contrat d'hypothèque, le paiement avec subrogation conventionnelle consentie par le débiteur, la subrogation dans le bénéfice de l'hypothèque légale de la femme mariée.

2. La question est très controversée au sujet notamment de la vente des navires (Bordeaux, 23 avril 1872, S. 1872.2.185; Rennes, 7 juin 1878, D. 1879.2.125, S. 1879.2.241; Douai, 27 mars 1924, *Drt. marit. fr.*, 1924, p. 614; RIPERT, *Droit maritime*, t. 1^{er}, n° 404; contra, DANJON, *Traité*

modique de cinq cents francs (L. 1^{er} avril 1928), d'un commencement de preuve par écrit entraîne la consécration d'un formalisme « minimisé ». « Avoir un droit et ne pas être à même d'en faire la preuve, cela équivaut à avoir un droit subordonné à la bonne volonté de l'autre partie. C'est pour cela que, lorsque la loi exige qu'un certain droit soit établi suivant un mode de preuve déterminé le défaut de forme rend ce droit illusoire, encore que la forme soit requise *ad probationem tantum* et non *ad substantiam* » (1). C'est en ce sens que l'on a pu très justement parler de la *survivance du formalisme* (2).

D'autres mesures formelles ont attiré l'attention des juristes et l'on a résumé le mouvement par l'expression imagée de *renaissance du formalisme* (3). Ce formalisme nouveau se révèle *inter partes* par l'introduction de procédés récemment encore inconnus : c'est ainsi que sont nombreux les contrats qui se passent, entre les parties, par simple référence à des usages — de Bourse notamment — ou à des règles générales universellement accep-

de droit maritime, t. 1^{er}, n^o 1111; BONNECASE, *Droit commercial maritime*, n^o 275.

Il y a une tendance à exiger, pour certains contrats, l'acte sous-seing privé *ad solemnitatem*; cette exigence est liée aux mesures de publicité indispensables pour rendre l'acte opposable aux tiers. L'article 272 du Projet de Code des obligations impose l'acte authentique ou l'acte sous seing privé à peine de nullité pour les contrats ayant comme objet des immeubles; cet article du Projet n'est d'ailleurs que la reproduction presque textuelle de l'article 1314 du code civil italien.

1. Rapport sur le Projet de Code des obligations et des contrats, § 26 de la *Preuve des obligations*, p. 106.

2. BONNECASE, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie et divers*, t. II, p. 449.

3. MOENECLAËY, *De la Renaissance du Formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, thèse Lille, 1914.

tées — règles d'York et d'Anvers sur les avaries communes, règles de Varsovie sur les ventes « caf »; « le formalisme des mots employés est une économie de temps (1) ». Les différentes mesures de publicité ont été considérées comme des manifestations du néo-formalisme. Mais cette opinion contient une erreur. L'origine des mesures de publicité est très lointaine; pour les titres nominatifs, la publicité remonte au ^{xvi}^e siècle et s'est perfectionnée au ^{xviii}^e siècle; au ^{xvii}^e siècle pour la mutation en douane; quant aux publicités des transactions immobilières elles ont pour origine commune l'insinuation des donations organisée dès le ^{xvi}^e siècle. Toutes ces mesures de publicité ont été consacrées et perfectionnées par des lois postérieures à ces époques, parce qu'elles avaient déjà fait leur preuve et démontré leur utilité. Ce n'est donc pas de la renaissance du formalisme qu'il faudrait parler, mais bien plutôt de son maintien et de son développement.

Survivance, renaissance du formalisme, position historique du problème qui ne nous donne aucun critère rationnel permettant de distinguer entre les manifestations si diverses de ce phénomène.

38. — Mieux vaut prendre en bloc les mesures formelles actuellement en vigueur, sans faire entre elles de classification chronologique nécessairement sommaire, et les répartir d'après leur but.

Or, sous un terme unique on groupe deux séries de dispositions entre lesquelles il n'y a pas seulement diversité de procédés mais encore antagonisme d'esprit. L'idée qui

1. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 111.

préside au développement des mesures de publicité est opposée à celle qui inspire le formalisme *inter partes*.

Celui-ci n'a pour but que de favoriser les parties :

1^o En leur facilitant la passation du contrat par référence à des formules préconçues, ce qui est un véritable retour à la *stipulatio* romaine;

2^o En leur montrant l'importance de l'opération qu'elles envisagent : l'intervention indispensable d'un officier public à certains contrats, l'exigence d'un *instrumentum* sous seing privé, l'exigence plus générale d'une preuve écrite ne sauraient avoir d'autres raisons.

La publicité vise au contraire à assurer la sécurité des tiers, étrangers à l'acte juridique qui a été passé. « Une situation de droit contractuelle ou extracontractuelle n'est jamais susceptible de se mouvoir ou de demeurer à l'état isolé dans l'ensemble des situations juridiques existantes... Les situations riveraines auront le plus grand intérêt à posséder une connaissance exacte des situations individuelles qui les cotoient et appelées tôt ou tard à devenir leur contre-partie... Comment s'engager avec le minimum de risque sans connaître la situation exacte de sa contre-partie, étant donné surtout que les différenciations individuelles croissent en même temps qu'elles deviennent plus solidaires les unes des autres et susceptibles par suite de s'influencer d'une manière plus marquée » (1)?

Ce sont ces considérations qui ont provoqué la création et surtout le perfectionnement des mesures de publicité; il n'est guère, en droit français, de changement important

1. DE PAGE. *De l'interprétation des lois*, t. II, p. 69.

dans l'état de la personne ou la composition du patrimoine qui ne doit être publié pour être opposable aux tiers.

Assurer aux tiers intéressés la connaissance d'une situation juridique, telle est la raison d'être de toute publicité; mais les procédés utilisés par le droit français pour y parvenir sont multiples; si l'on retrouve entre eux un lien commun on peut, cependant, affirmer qu'ils ont été conçus sans plan d'ensemble et au hasard des besoins qui se faisaient jour. Les mesures de publicité sont diverses dans leurs moyens; disséminées dans de multiples registres, déposés les uns à la conservation des hypothèques, les autres aux greffes des tribunaux civils ou des tribunaux de commerce, d'autres encore dans les recettes des douanes; certains d'entre eux sont des registres *privés*, tenus à jour par des organismes privés sans qu'intervienne le contrôle de l'autorité publique. Enfin quelques mesures de publicité sont assurées par des affiches apposées dans les auditoires des tribunaux, dans des études de notaires; d'autres sont même réalisées par des insertions dans les journaux.

Nous ne prétendons pas d'ailleurs donner des procédés de publicité une énumération complète, cette brève revue devant suffire à montrer combien est complexe la publicité moderne.

Quel sera le rôle de ces différentes mesures dans la création de l'Apparence?

Certaines d'entre elles sont inefficaces parce que mal conçues; d'autres ne sont pas entrées dans le domaine de la vie courante (1). L'étude en est renvoyée à plus tard.

1. ... « Malgré les mesures législatives prises pour constituer au lieu de naissance de chacun une sorte de casier civil, pratiquement on est

Nous avons pu constater, en effet, que l'apparence était créée *non par* la mesure de publicité mais *malgré* celle-ci (cf. n° 28). Nous nous bornons donc, pour le moment à signaler que les raisons de cette situation ne sont autres que la mauvaise organisation de la publicité et l'impossibilité pratique dans les opérations de la vie ordinaire de se reporter toujours à des documents officiels.

Mais ces cas demeurent exceptionnels. La plupart des mesures de publicité répondent, en effet, parfaitement au but pour lequel elles ont été conçues. Elles ont été organisées sur des types différents, mais elles assurent leur fonction parce qu'elles sont *permanentes et facilement utilisables*; d'autre part, et c'est là une constatation importante, elles sont aisément entrées dans les mœurs, sans doute à cause de la facilité avec laquelle on en prend connaissance. Toutefois de leurs origines diverses, ces mesures de publicité ont reçu des sanctions très variables. Par suite, elles ne sont pas appelées à créer des situations apparentes dans les mêmes conditions.

39. — Il existe en droit français deux grandes catégories de publicité :

1^o Le système du code civil et de la loi du 23 mars 1855; c'est le système classique, celui que l'on considère comme le système de droit commun;

2^o Le système construit par la jurisprudence à l'aide de quelques textes exceptionnels (loi des 16-24 août 1793,

souvent obligé de s'en rapporter aux indications de l'intéressé ou à la rumeur publique lui faisant écho, n'ayant pas le loisir ou la possibilité de les vérifier, souvent n'ayant même pas lieu de les suspecter... ».
E.-H. PERREAU. *Technique de la Jurisprudence*, t. II, p. 220.

l. 27 vendémiaire an II, art. 36 C. com.) qui se rapproche des systèmes dits de *publicité à force probante*; l'existence de celle-ci est niée par une partie importante de la doctrine; il semble, cependant, que ce soit la seule explication rationnelle de certaines solutions consacrées par la loi ou admises par la coutume.

Nous ne retenons pas cette distinction comme *summa divisio*; car, toutes les mesures ayant un but commun, *informer les tiers*, elles créent toutes une situation apparente par leur *absence*. La distinction entre la publicité dépourvue de force probante et celle ayant force probante ne nous servira que lorsque nous chercherons dans quelle mesure la *Réalisation de la publicité* peut être une source d'apparence.

CHAPITRE II

L'ABSENCE DE PUBLICITÉ

40. — En partant des explications que nous avons eu l'occasion de donner dans notre Partie préliminaire, nous pouvons formuler la règle suivante. *Lorsqu'une formalité de publicité est légalement exigée si, en fait, elle n'est pas accomplie il se crée une situation apparente.*

Cette affirmation n'est pas un simple truisme; elle est la conséquence de cette idée générale qui domine tout le droit de la publicité, d'après laquelle, toute mesure de publicité a pour but principal sinon unique d'informer les tiers.

L'acte intervenu entre deux individus et qui doit être soumis à une mesure de publicité quelle qu'elle soit, est applicable en deux temps; entre les parties il est valable par ce seul fait qu'il existe : à l'égard des tiers le changement apporté dans le patrimoine ou dans l'état n'est valable qu'autant qu'il a été régulièrement porté à leur connaissance. Tant que la publicité n'a pas été réalisée et sous réserve de la bonne foi des tiers, la situation antérieure subsiste. Les tiers qui sont intéressés à la réalisation de la publicité peuvent tenir pour non avenu l'acte qui devait être publié et ne l'a pas été. Il en résulte un ensemble complexe : la situation initiale et la situation nouvelle coexistent, qu'elles soient d'origine contractuelle

comme une vente d'immeubles, ou d'origine judiciaire comme la dissolution du mariage par le divorce ou la séparation de corps.

41. — Mais qu'est-ce d'abord que l'absence d'une mesure de publicité? La question semble oiseuse tant la réponse y est aisée; cependant dans une hypothèse, unique à la vérité mais très importante, cette question a soulevé des difficultés. Pour bien préciser celles-ci il est indispensable de prendre un exemple : *Primus* a vendu un immeuble à *Secundus* qui n'a pas fait transcrire son titre; *Primus* vend une seconde fois le même immeuble à *Tertius* qui fait transcrire, mais dans l'intervalle *Secundus* avait vendu l'immeuble à *Quartus* qui avait fait transcrire son acte d'acquisition avant que *Tertius* ait acheté l'immeuble. Y a-t-il, en ce cas, absence de publicité? La difficulté vient de ce que la publicité immobilière n'est pas réelle dans son principe mais assurée par l'intermédiaire de la personne du propriétaire; on ne peut se renseigner qu'en désignant au conservateur des hypothèques les noms des propriétaires successifs.

Primus était-il à l'égard de *Tertius* propriétaire apparent, bien qu'une publicité ait eu lieu et ait indiqué que *Primus* avait déjà aliéné l'immeuble? Quand *Tertius* s'est renseigné, il lui a été remis un état négatif de transcription, il lui a été matériellement impossible de connaître l'autre aliénation bien qu'elle fût publiée. C'est en ce sens que s'est prononcée la doctrine (1) car a-t-on fait observer

1. FLANDIN. *De la transcription en matière hypothécaire*, 2 vol.; MOURLON. *Traité théorique et pratique de la transcription*, t. II, n° 448;

Tertius pourrait expulser *Secundus*, *a fortiori* pourra-t-il expulser l'ayant-cause de celui-ci.

Cette difficulté tient à plusieurs raisons : d'abord à la personnalité des transcriptions immobilières et ensuite à ce fait que l'on peut transcrire son titre sans que son auteur ait lui-même régulièrement publié le sien. Cette singularité du système des publicités immobilières disparaîtrait si le projet préparé par la Société d'Etudes législatives était voté; en effet, d'après le projet, « un acquéreur de droit soumis à publicité ne peut être inscrit sans que son auteur l'ait été lui-même. On assure par ce moyen la continuité dans la filière des inscriptions; toute personne titulaire d'un droit soumis à publicité se trouve ainsi indirectement contrainte à le faire inscrire » (1). Par ce procédé, la difficulté qui s'était présentée pour déterminer ce qu'est l'absence de publicité, disparaît complètement.

Par suite de l'absence de publicité, les tiers à qui l'acte n'est opposable qu'après avoir été publié peuvent s'en tenir à la situation prééexistante — c'est-à-dire la plupart du temps à la dernière mesure régulière de publicité. Peu importe d'ailleurs la nature de celle-ci; il suffit qu'elle établisse l'existence de telle situation déterminée. C'est parce que l'absence de publicité crée une situation apparente qu'une femme séparée de corps, reste capable après la réconciliation, à l'égard des tiers; que les actes faits par le mari sur la communauté ou les propres de la

TROPLONG. *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, n° 166.

1. MOREL. *Rapport sur le projet tendant à la réforme du régime foncier*, Bulletin de la Société d'Études législatives, 1928, p. 227.

femme sont valables bien que le divorce ait été prononcé.

42. — C'est pour la même raison que les seconds acquéreurs d'un immeuble, d'une créance, etc... peuvent tenir pour non avenu le contrat précédemment passé par un autre acheteur qui n'a pas fait publier son titre. Mais à cette condition générale qui résulte du but même de la publicité il est indispensable d'en ajouter une autre quand celui qui invoque la situation apparente doit lui-même avoir publié son droit pour le rendre opposable aux tiers. La loi du 23 mars 1855 a expressément prévu cette condition quand elle a décidé que seul pourra invoquer le défaut de transcription, celui-là même qui aura conservé ses droits « en se conformant aux lois » c'est-à-dire qui aura fait transcrire son titre d'acquisition. Si le second acquéreur n'a pas reçu « l'investiture » qui résulte de la mesure de publicité, le principe traditionnel *Nemo plus juris* reprend son application et les aliénations prennent rang d'après leur date certaine.

La Chambre des Requêtes a eu, encore tout récemment, l'occasion d'affirmer ce principe en ce qui concerne la publicité des transactions immobilières (1). Mais, à notre avis, cette condition doit être étendue à toutes les hypothèses où deux acquéreurs successifs se présentent pour faire valoir leurs droits à la propriété d'un même bien. S'il n'en était pas ainsi les deux tiers seraient à égalité, au point de vue de la publicité. Il faudrait alors les

1. Req. 11 janvier 1928, D. P. 1929.1.69, rapport de M. le conseiller ZAMBEAUX.

départager en tenant compte seulement des dates certaines des actes qu'ils opposent.

Seul, donc, le tiers ayant lui-même fait publier son titre peut s'en tenir à la situation qui a été la dernière l'objet d'une mesure de publicité : pour lui, il y aura bien situation apparente.

CHAPITRE III

LA RÉALISATION DE LA PUBLICITÉ

SECTION I

La Publicité de Droit commun.

43. — La mesure de publicité, une fois réalisée, dans quelle mesure concourt-elle à la création d'une apparence?

La publicité-type en droit français, c'est-à-dire celle organisée par le code civil et la loi du 23 mars 1855, ne crée pas par sa réalisation une situation apparente. Il ne saurait y avoir, sur ce point, aucune contestation : l'acte publié est soumis *erga omnes* aux causes de nullité résultant de son texte, aussi bien que des circonstances demeurées occultes qui ont accompagné ou suivi sa formation. « La mesure de publicité ne vivifie pas elle seule les effets de la translation... Elle n'est qu'un complément, elle tire son efficacité de cet acte sur lequel elle se base » (1). La validité juridique de la mesure de publicité repose sur celle de l'aliénation « la transcription ne corrige pas les vices de l'acte revêtu de cette formalité, elle le promulgue, le fait connaître, mais n'ajoute rien à sa validité » (2). Bien

1. DUEZ. *La Renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*, thèse Lille, 1914, p. 24 et 25.

2. TROPLONG. *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, Paris, 1856, n° 187.

que l'acte soit publié, les causes de nullité demeurées occultes sont opposables aux tiers acquéreurs qui ont contracté sur le vu de la mesure de publicité. Ils ne peuvent donc nullement se fonder sur cette publicité pour établir la validité de l'acte. L'auteur de leur auteur ne peut plus vendre l'immeuble à un tiers acquéreur, c'est la seule garantie que leur procure cette publicité.

C'est la publicité à l'état pur : il s'agit de porter à la connaissance des tiers l'acte qui vient d'être conclu, leur permettre d'en connaître les clauses sans avoir à s'adresser aux parties à l'acte, mais sans leur donner aucune certitude : c'est aux tiers qu'il appartient de rechercher toute les causes possibles de nullité et de réunir tous les renseignements nécessaires.

44.— La mesure de publicité par sa réalisation est fort peu efficace puisqu'elle empêche seulement le précédent vendeur d'opérer une seconde vente. Cette situation n'a pas été sans provoquer de très nombreuses critiques. A la fin du xix^e siècle un grand projet de réforme avait été élaboré. Il s'inspirait du régime des Livres fonciers et proposait de n'accorder aux parties à un acte, un droit de résolution contre un sous-acquéreur qu'autant que la cause de nullité aura été, auparavant, révélée par une mention spéciale insérée dans la mesure de publicité, une prénotation (1). Ce projet, par suite des circonstances, n'a pas été voté par le Parlement. Après la guerre, en raison du maintien en Alsace et en Lorraine de la législation

1. MASSIGLI. *Rapport sur la publicité des droits réels autres que les privilèges et les hypothèques*. Procès-verbaux de la Commission extra-parlementaire du Cadastre, t. II, p. 541 et s.

dite locale, deux lois à effets sensiblement différents s'appliquent simultanément sur une partie du territoire français. Cet état de choses a paru nécessiter une réforme du régime immobilier organisé par la loi de 1855. La Société d'Études législatives a préparé un texte inspiré à la fois de la législation alsacienne-lorraine et du projet de réforme de 1891; il est ainsi rédigé dans le projet de la Commission : « *la résolution ou révocation de tout acte assujéti à la transcription ne produit d'effets à l'égard des tiers dont le droit est né antérieurement à la demande que si la cause de résolution ou de révocation a été mentionnée sur la transcription de l'acte* » (4). Si ce texte était voté par le Parlement la transcription deviendrait, en toutes hypothèses, une source d'apparence. Mais l'adoption de ce texte, dont la Société d'Études législatives vient à peine d'achever la discussion, demandera sans doute encore de longues années. La discussion devant le Parlement sera de même très longue : il ne semble pas que la dualité de législation ait pour résultat de hâter la procédure législative qui n'est pas encore amorcée, au moins à notre connaissance. Il nous faudra encore vivre longtemps en nous accommodant d'un régime foncier imparfait et en espérant que l'habileté professionnelle des notaires réduira au minimum les cas où le texte aurait eu l'occasion de s'appliquer.

1. MOREL. *Rapport sur le Projet tendant à la réforme du régime foncier*, Bulletin de la Société d'Études législatives, 1928, p. 230, art. 4, al. 1, du texte proposé par la Commission.

SECTION II

La Mesure de Publicité, Source d'Apparence.

45. — Les mesures de publicité prévues par le code civil et la loi du 23 mars 1855 ne purgeant pas, en principe, l'acte publié de la cause de nullité dont il peut être infecté, n'ont pas force probante dans les rapports d'un titulaire inscrit et d'un sous-acquéreur.

Cependant il ne faudrait pas croire qu'aucun texte n'organise un système se rapprochant de la force probante.

Quelles sont les conditions qu'il faut réunir pour qu'une publicité ait force probante. Les systèmes étrangers qui sont fondés sur cette notion peuvent être résumés en deux propositions :

1^o) Les tiers de bonne foi qui ont traité sur le vu d'une inscription régulière en la forme, ne peuvent subir la répercussion d'une cause de nullité du contrat qui a suscité l'inscription;

2^o) l'organisme chargé de tenir les registres de publicité a un droit de contrôle sur la régularité des énonciations qui doivent figurer sur les registres. Ce contrôle est le corollaire de la responsabilité qu'il encourt à l'égard du titulaire véritable d'un droit quand une modification a été irrégulièrement apportée à son inscription.

Ces éléments ne se trouvent pas exactement réunis dans la pratique française que nous avons étudiée; on ne peut parler en droit français de *publicité à force probante*

qu'en forçant le sens ordinaire des mots. Nous avons, en effet, remarqué qu'à l'efficacité de la mesure de publicité à l'égard des tiers, ne correspondait jamais complètement la responsabilité de l'organisme chargé d'y procéder. Cependant il est certaines publicités en droit français qui font preuve absolue et positive à l'égard des tiers de bonne foi.

46. — I) Le code civil contient un article dont les termes se rapprochent de la disposition élaborée par la Société d'Études législatives; c'est l'article 958 d'après lequel la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude n'est pas opposable à un sous-acquéreur si son acquisition est antérieure « à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription de l'acte de donation ». Il en résulte que la nullité pour cause d'ingratitude n'est pas *ipso facto* opposable au sous-acquéreur; indirectement la publicité de la donation crée, dans ce cas, une situation apparente. En effet, grâce à ce procédé, celui qui acquiert d'un donataire un immeuble sait d'une façon certaine que la donation ne sera pas révoquée, quant à lui, pour cause d'ingratitude puisqu'aucune « prénotation » n'a été mentionnée en marge de la transcription initiale; il est bien évident que la mesure de publicité est bien en cette hypothèse une source d'apparence.

II) Nous avons, d'autre part, signalé que le débiteur qui effectue le paiement d'une créance entre les mains du possesseur de cette créance est valablement libéré (1). De

1. Pour que l'article 1240 (C. civ.) soit applicable, il est nécessaire que la cession de créance ait été *signifiée*; si elle a été *acceptée* par le

la combinaison des articles 1690 et 1240 (C. civ.) il résulte qu'en ce cas particulier, le débiteur de bonne foi peut s'en tenir à la signification qui lui a été faite de la cession, sans avoir à étudier les conditions de fond de celle-ci avant de verser le montant de sa dette au titulaire de la créance. La mesure de publicité accompagnée de la bonne foi se suffit à elle-même. C'est un résultat purement fortuit que le législateur n'a sans doute pas sciemment voulu. Cette mesure de publicité, douée de l'un des effets des publicités à force probante, est une simple exception qui n'a pas une très grande importance pratique. L'explication que l'on donne ordinairement de l'article 1240 pourrait être étendue à cette hypothèse : l'état de débiteur est exceptionnel et contraire à la liberté; le paiement effectué doit être, par conséquent, valable le plus souvent possible; par ce détour, la solution que nous proposons, rentre dans la conception classique; néanmoins le fait demeure; la mesure de publicité, et elle seule, créée à l'égard du débiteur de bonne foi, une situation apparente.

47. — Nous avons eu l'occasion de rappeler que les titres nominatifs ne se revendiquent pas (n° 23) et que la mutation en douane met le sous-acquéreur à l'abri de toute éviction (n° 19). Les mesures de publicité qui sont à la base de ces phénomènes en constituent-elles vraiment la cause? Ces procédés, étrangers au droit civil, qui participent à la création d'une situation apparente ont-ils vraiment force probante?

Ainsi que nous l'avons établi (n° 23) la cohérence est débiteur, c'est l'article 1295 (C. civ.) qui intervient; or il est admis qu'il est d'interprétation stricte, ce qui est, d'ailleurs, contestable.

plus grande entre l'efficacité de la publicité et la responsabilité de celui qui tient le registre; mais encore cette proposition n'est-elle vraiment exacte dans son ensemble que des valeurs industrielles sous forme nominative. Ce manque d'équilibre s'explique par des raisons très simples : ces théories sont de formation exclusivement coutumière et traditionnelle; elles ont été combattues et rétrécies par la logique des institutions civiles.

Il s'est trouvé « qu'entre le Grand-Livre de la Dette publique, les registres d'actionnaires et d'obligataires, et les Livres fonciers la ressemblance est frappante » (1). La même constatation a été longuement développée par Danjon à propos des registres de soumissions de francisation (2). Mais cette analogie, pour évidente qu'elle puisse être, est purement accidentelle; elle n'a, par elle-même, aucune valeur comme explication éventuelle. Ce rapprochement ne permet nullement de déterminer l'origine de la force probante telle que l'organise le droit français; nous croyons pouvoir démontrer que l'influence des législations étrangères ne s'est pas fait sentir, car la source de la jurisprudence moderne se trouve dans des éléments spécifiquement français, antérieurs aux législations récentes qui consacrent la force probante.

48. — Les trois textes que la jurisprudence a utilisés pour élaborer cette théorie ne consacrent pas la force

1. LÉVY-ULLMANN. *Essai sur les titres nominatifs*. Annales de droit commercial, 1897, p. 117; dans le même sens, SÉNAC. *Essai sur la revendication des titres nominatifs*, thèse Toulouse, 1913, p. 305 et s. et 370 et s.

2. DANJON. *Traité de droit maritime*, t. 1^{er}, Paris, 1926 (2^e édition LEPARGNEUR), p. 129 et s.

probante et ne paraissent pas à première vue autoriser semblable interprétation; ce sont dans l'ordre chronologique :

1^o L'article 6 de la loi des 16-24 août 1793 : le *Grand Livre de la Dette publique sera le titre unique et fondamental des créanciers de la République*. — Ce texte a d'ailleurs été complété et modifié par quelques dispositions postérieures, mais il demeure la règle essentielle.

2^o L'article 17 de la loi du 27 vendémiaire an II : *Les ventes de partie du bâtiment seront inscrites au dos de l'acte de francisation par le préposé du bureau des douanes qui en tiendra registre*.

3^o L'article 36 du Code de commerce : *la propriété des actions peut être établie par une inscription sur les registres de la société. Dans ce cas, la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres et signée de celui qui fait le transfert ou d'un fondé de pouvoir*.

Comment à l'aide de ces textes les tribunaux ont-ils réussi à réaliser leur système? C'est ce que nous allons essayer de montrer.

49. — I. De ces trois textes aussi peu explicites les uns que les autres et qui ont soulevé des difficultés d'interprétation, la loi des 16-24 août 1793 a été la plus discutée. Son sens et sa portée ne se dégagent pas nettement. Peut-être ne contient-elle, dans son article 6, le seul qui nous intéresse, qu'une *mesure transitoire*; d'après cette opinion formulée par M. Wahl (1), le but de ce texte est seulement d'annuler les titres de rente émis par la Royauté. M. Lévy-

1. WAHL, note au S. 1898.2.289, sous Paris, 21 février 1896.

Ullmann propose une interprétation différente : « Si l'on se reporte pour l'éclairer (l'article 6) au célèbre rapport de Cambon et aux raisons d'ordre purement politique qui motivèrent l'introduction du système du Grand-Livre, sera désormais créancier de l'État tout individu inscrit au Grand-Livre; ne le sera pas quiconque n'y figure pas. L'interprétation semble rigoureuse mais conforme aux idées de l'époque. » (1) L'article 6 de la loi des 16-24 août 1793 aurait par suite une portée positive; ce serait, sans doute, une allusion aux errements antérieurs; par l'intermédiaire du texte révolutionnaire la Jurisprudence qui l'applique n'aurait fait que revenir aux solutions admises avant la Révolution. Mais encore n'est-ce là qu'une simple hypothèse dont il nous faut essayer de démontrer la vraisemblance.

Le régime des titres nominatifs a passé, dans les deux derniers siècles de la Monarchie, par plusieurs phases successives. La pratique à laquelle les rédacteurs de la loi des 16-24 août 1793 se sont, sans doute, référés était l'ultime perfectionnement apporté aux transactions des rentes nominatives. Longtemps, les aliénations de rentes avaient été réalisées selon les procédés de droit commun, par contrats notariés passés directement entre le titulaire et le nouvel acquéreur. L'inscription sur les registres officiels n'avait aucune influence sur le fond du contrat. L'acquéreur recevait les droits tels qu'ils lui étaient transmis; le Trésor ne supportait en aucune façon la responsabilité d'une cession opérée *a non domino*; il enregistrait la ces-

1. LÉVY-ULLMANN, *op. cit.*, p. 120 et 121.

sion, mais ne la certifiait pas régulièrement. Toutes les exceptions opposables au cédant l'étaient de même au cessionnaire; la revendication du véritable propriétaire n'était nullement entravée par la mesure de publicité; tout considéré, c'était le système moderne de publicité des transactions immobilières.

Un édit de mars 1673 avait amélioré ce régime; des lettres de ratification étaient délivrées par l'autorité publique quand aucune dénonciation d'hypothèque n'avait eu lieu dans un certain délai. Cette réforme n'avait pas une importance considérable, elle n'apportait à l'acquéreur qu'une sécurité partielle.

Ce n'est qu'en 1747 que Machault, pour assurer le succès d'un nouvel emprunt recourut au procédé de la *reconstitution*. M. Thuilliez en décrit ainsi le fonctionnement : « ... le rentier vendeur portait au Trésor son contrat de constitution de rente... *l'acquéreur y apportait son prix de vente*. Le Garde du Trésor remboursait avec ce prix l'ancien titulaire... Le Garde du Trésor dressait alors de nouvelles quittances de finances qu'il remettait au nouvel acquéreur et celui-ci pour devenir titulaire de la rente n'avait plus qu'à se présenter devant les commissaires nommés par le roi... ou devant les prévôts et échevins de la Ville de Paris... Ceux-ci, sur le vu des quittances de finances, dressaient à son profit un nouveau contrat dit de reconstitution. Puis, à l'effet de se faire immatriculer ce bénéficiaire soumettait au Payeur une ampliation de son contrat de reconstitution... » (1).

1. THUILLIEZ. *Essai historique sur le titre nominatif et sa transmission*, thèse Paris, 1900, p. 168 et 169.

Ce procédé apportait des améliorations considérables au système antérieur. Les titres de propriété du titulaire de la rente étaient l'objet d'une analyse du Garde du Trésor. L'immatriculation qui était prise à la suite de cette analyse faisait la preuve que la régularité de l'opération était reconnue par le Trésor; par suite, celui-ci était lié au rentier inscrit, même si l'analyse avait été inexacte. Si un autre rentier se présentait pour faire la preuve de son droit de propriété, la position du dernier rentier immatriculé était inattaquable, le responsable n'étant pas lui, mais le Trésor.

Ce système fut sanctionné par une Déclaration du 20 décembre 1782 qui, sans apporter de modifications aux principes nouveaux en tira plutôt les conséquences. Le registre n'est plus un moyen de publicité, mais le *seul* procédé de preuve de la propriété des rentes. Point n'est besoin de reconstituer la chaîne des propriétaires successifs; il suffit pour prouver son droit de faire constater que l'on est inscrit sur le registre. Mais il en est ainsi parce que le Garde du Trésor a vérifié la régularité de l'opération; « ainsi s'explique que la Déclaration ait cru pouvoir décider que l'immatriculation ou le certificat d'immatricule tiendrait lieu des pièces justificatives de la propriété (1) ».

Ce système de transfert avait été appliqué à toutes les rentes émises après 1747, puis étendu à toutes celles qui avaient été émises auparavant. A la fin de l'Ancien Régime la reconstitution était le seul procédé pratiquement employé.

1. THUILLIEZ, *op. cit.*, p. 202.

Les auteurs de l'époque (1) qui se sont occupés de la reconstitution notamment Debeaumont, Denizart et Ferrière, sont unanimes, après avoir opposé la reconstitution au transport, à y voir une subrogation. Mais celle-ci ne ressemble en rien à la subrogation du droit commun; il y a là un véritable abus de terme. La majorité des auteurs enseignait que la subrogation n'affranchit pas le subrogé des obligations du subrogeant, les droits du subrogé sont exactement ceux du subrogeant. L'accord n'était pas entièrement fait en doctrine sur les effets de la subrogation, mais la thèse que nous exposons était dominante.

Il n'est pas rationnel de faire appel à une catégorie aussi mal définie, dont le contenu est insuffisamment déterminé pour expliquer une institution nouvelle. Cette méthode semble, en l'espèce, d'autant plus inacceptable qu'en matière de rentes les effets essentiels de la subrogation sont écartés; le nouveau titulaire de l'inscription peut avoir un droit autre que celui de son auteur. Cette particularité s'explique par le rôle anormal que joue le débiteur cédé qui intervient « dans des conditions qui doivent faire présumer sa renonciation à se prévaloir des exceptions » (2).

Cet essai d'explication a donc abouti à un échec; il est préférable de voir dans la *reconstitution* un système nouveau, organisé en dehors des catégories juridiques ordinaires, pour répondre à des besoins pratiques particuliers.

1. DEBEAUMONT. *Jurisprudence des Rentes*, v^o Reconstitution; DENIZART. *Collection de Jurisprudence*, v. Reconstitution; FERRIÈRE. *Dictionnaire de droit et de pratique*, v. Reconstitution.

2. THUILLIEZ, *op. cit.*, p. 180.

Telle était la situation à la fin de l'ancien droit. Après la déclaration du 20 décembre 1782, le premier texte que l'on rencontre est l'article 6 de la loi des 16-24 août 1793.

Il nous semble que, s'il est permis de détacher un texte des travaux préparatoires, parfois peu explicites, il n'est pas possible, en l'espèce, de faire abstraction des situations antérieures à la loi, et des circonstances dans lesquelles elle a été votée.

Ce texte est intervenu à une époque où le crédit de l'État était sérieusement ébranlé; c'est à la lumière des événements qui lui sont contemporains qu'il doit être interprété. Il a très certainement le sens négatif qu'on lui a donné; il annule, à n'en pas douter, les titres et les registres anciens: à la date de la loi, du point de vue politique, il ne subsiste plus rien du régime antérieur; les organismes chargés de la reconstitution ont disparu, l'administration est entièrement nouvelle, tout est changé jusqu'à la dénomination des registres, le terme de Grand Livre de la Dette publique qui intervient pour la première fois, a certainement effet novatoire. Mais ce même article 6 a sans aucun doute un sens positif; tout en annulant les titres de rente de l'Ancien Régime, par mesure politique, il se réfère implicitement aux procédés antérieurs dont les avantages étaient connus. En effet, il eût été téméraire, à un moment où il était nécessaire de consolider ou mieux de recréer le crédit de l'État, de ne pas recourir à un système qui avait contribué à assurer le succès des emprunts dans les quarante dernières années de la Monarchie. C'eût été une faute grave de politique financière que d'opérer autrement, d'autant plus que cette même loi des

16-24 août 1793 dans un article 161, faisait meubles les rentes qui jusque-là avaient été immeubles.

Il semble donc acquis que pour ces raisons et par son laconisme même, l'article 6 de la loi de 1793 renvoie sans plus de détail au système de la reconstitution. C'est là une hypothèse très plausible qui devient presque une certitude quand on rapproche de ce texte ceux qui l'ont complété.

La loi du 28 floréal an VII « relative aux transferts de la dette publique » réglait la procédure des transferts de la façon suivante : art. 3 « Le vendeur se présentera au bureau chargé de recevoir les transferts pour y faire sa déclaration : *il y remettra l'inscription qu'il entend transférer* et dont la signature sera biffée en sa présence. Il lui sera expédié un bulletin de cette remise. La minute du transfert sera signée par le vendeur ou son fondé de pouvoir spécial. »

Art. 4 « Deux jours après le transfert l'acheteur pourra se présenter en personne ou par le porteur du bulletin qui aura été remis au vendeur pour retirer l'extrait de la nouvelle inscription de la rente qu'il aura acquise. Cet extrait d'inscription lui sera délivré sur-le-champ. Il en donnera décharge en marge de la minute du transfert ».

Or, si l'on rapproche cette procédure de celle organisée à partir de 1747 on s'aperçoit qu'au fond, il n'y a pas de modifications sensibles dans l'ensemble des formalités employées. Seuls les organismes administratifs chargés des transferts ont changé. Bien plus, c'était tout le système qui était reconstruit sur les mêmes bases, le Trésor public demeurerait responsable de la régularité des trans-

ferts. C'est ce que confirment les articles 15 et 16 de l'arrêté du 27 prairial de l'an X : « art. 15... les transferts d'inscriptions sur le Grand Livre de la Dette publique seront faits au Trésor public en présence d'un agent de change de la Bourse de Paris qui certifier l'identité du propriétaire, la vérité de sa signature et des pièces produites.

Art. 16. Cet agent de change sera, par le seul effet de sa certification, responsable de la validité desdits transferts, en ce qui concerne l'identité du propriétaire, la vérité de sa signature et des pièces produites. »

En faisant peser sur les agents de change la responsabilité des irrégularités les plus fréquentes en matière de transferts de rentes, le Trésor reconnaissait implicitement une responsabilité qui ne pouvait découler que de l'article 6 de la loi des 16-24 août 1793. Ce changement dans la répartition de la responsabilité ne fait qu'appuyer la solution que nous proposons; il est bien établi que le transfert est définitif, en principe, à l'égard de son bénéficiaire. « L'inscription sur le Grand Livre du nom du nouveau titulaire *constate* par elle-même et jusqu'à preuve contraire, non seulement qu'il a acquis la propriété de la rente *mais encore qu'il en a payé le prix* » (1). La preuve résultant de cette inscription ne peut être détruite que par un écrit

1. Civ., 19 août 1823, S. 1822-1824.1.315; Civ., 18 juillet 1827, S. 1825-1827.1.643; Civ., 20 juin 1876, S. 1877.1.450.— Que l'inscription sur le registre fasse la preuve du paiement, c'est une réminiscence très nette des errements antérieurs à la Révolution. A cette époque, en effet, les sommes destinées au paiement passaient entre les mains du Garde du Trésor, il était naturel que l'inscription en fit preuve. En présence des textes nouveaux, cette décision est un retour pur et simple à la pratique de l'Ancien droit. C'est la confirmation de notre hypothèse. — Cf. Req., 31 octobre 1900, S. 1905.1.454.

contraire ou par des présomptions graves précises et concordantes appuyées d'un commencement de preuve par écrit; tant qu'elle n'a pas été détruite, elle conserve à l'égard des tiers toute sa valeur. C'est donc bien la force particulière attachée à cette mesure de publicité qui explique l'impossibilité de revendiquer une rente nominative entre les mains d'un tiers de bonne foi. Cet effet est contraire aux effets normaux de la publicité en droit français; mais il s'explique par la tradition, comme nous croyons l'avoir montré. Celle-ci a été à la base de la coutume qui veut que les rentes nominatives sur l'État ne se revendiquent pas; formulée d'abord pour ces seuls titres elle a été par la suite étendue aux autres catégories.

50. — II. Cette extension du principe de non-revendication des rentes nominatives sur l'État aux valeurs industrielles a été possible grâce à l'article 36 du Code de commerce.

Les origines de ce texte sont obscures. La pratique, au XVIII^e siècle, avait perdu de vue les actions nominatives. Elles avaient été, auparavant, en France tout au moins, soumises à des modalités que les contemporains eux-mêmes ne pouvaient qu'imparfaitement préciser. « Il n'est pas si facile de parler du commerce des actions de la Compagnie française que du négoce des actions des Compagnies hollandaises » avait écrit Savary dans son Dictionnaire (1).

Il est donc remarquable que le Code de commerce ait consacré une forme d'action dont la pratique ne présentait plus d'exemples dans le dernier état de l'Ancien Droit.

1. SAVARY. *Dictionnaire universel du commerce*, v. Action.

Cependant, encore plus remarquable est le fait que l'article 36 n'a donné lieu à aucune observation pas plus pendant sa rédaction que pendant la discussion du code (1) il a été accepté comme s'il allait de soi; toutefois la Cour de Cassation, dans l'un des premiers arrêts qu'elle rendait sur la matière, déclarait que « l'article 36 en autorisant la transmission des actions par transfert sur les registres de la société a voulu créer un mode *nouveau* et plus facile de transmission » (2).

La question ne s'est réellement posée qu'après la loi du 24 juillet 1867; auparavant les sociétés par actions étaient trop peu nombreuses pour que le problème fut vraiment pratique.

La Doctrine et la Jurisprudence, dans leur ensemble affirmèrent que les valeurs industrielles sous formes nominatives ne se revendiquaient pas. Mais si l'accord était fait sur le résultat à atteindre, le procédé juridique pour y parvenir a donné lieu à de nombreuses divergences de vues.

Il n'entre pas dans nos intentions de faire une étude minutieuse de tous les systèmes doctrinaux. Nous ne retenons que ceux susceptibles de nous conduire à l'explication que nous proposons (3).

1. LOCRÉ. *Législation civile, criminelle et commerciale de la France*, 1827-1832, t. XVIII, p. 92.

2. Req., 4 décembre 1867, S. 1868.1.39, D. P. 1868.1.176.

3. Il n'est pas cependant sans intérêt de signaler les théories les plus importantes qui ont été élaborées en cette matière. Tous les auteurs ont eu, très nettement en vue le résultat pratique qu'il était nécessaire d'obtenir — la non revendication des titres nominatifs. — Mais les divergences sont considérables quant aux moyens techniques à mettre en œuvre pour parvenir à cette solution : Le système le plus ancien

M. Wahl (1) voit dans la règle de la non-revendication une conséquence de l'engagement pris par l'établissement quand il a procédé à l'émission des titres nominatifs. Mais cette théorie, pour intéressante qu'elle soit, ne nous paraît pas concorder exactement avec les faits : l'engagement explique la responsabilité de l'établissement émetteur, mais nous savons qu'il y a des cas où le titre n'est pas soumis à la revendication bien que ne soit pas engagée la responsabilité de la société. La règle de la non-revendication a donc un domaine plus vaste que l'engagement de l'établissement émetteur.

consiste à analyser le transfert en une cession de créance (LABBÉ, *note* au S. 1874.1.409). Il doit être immédiatement écarté car il transforme les effets normaux de la cession de créance sans que rien ne justifie cette modification. Plusieurs systèmes ont été successivement proposés; chacun fait appel pour expliquer le transfert à une opération du droit civil, mettant nécessairement en présence *trois individus* : — *novation* (DUVERT, *Traité du contentieux des transferts*, n° 4); — *délégation* (THALLER, *La nature juridique du titre de crédit*, Ann. dr. comm., 1906 et 1907); — *stipulation pour autrui* (JULLIOT, *Essai d'une nouvelle théorie sur le titre nominatif et le transfert*, Rev. trim., 1904, p. 31 et s.). Ces trois opérations civiles sont en effet *abstraites*; la règle de l'innopposabilité des exceptions est, en ces cas, applicable et permettrait de justifier la non-revendication du titre nominatif. Mais ce n'est qu'une partie du phénomène et aucun des trois systèmes proposés ne permet d'expliquer de façon satisfaisante la *responsabilité de l'établissement débiteur*. — Il y a, enfin, une autre catégorie de systèmes qui se rattachent tous à l'idée que *la forme du titre* joue un rôle de premier plan (théorie *l'engagement unilatéral*; système de *l'acte abstrait*; enfin le système de MINARD (*Du titre nominatif, nature et fonctionnement*, Paris, 1897) d'après lequel « la transmission de propriété du titre nominatif... se réalise par l'inscription du nom de l'acheteur sur les registres », *op. cit.*, n° 195). On a reproché à toutes ces théories de ne pas être en accord avec la notion française de la publicité. Mais cette critique est loin d'être pertinente, puisque la non-revendication des titres nominatifs est une solution exorbitante du droit commun. Un seul reproche pourrait être formulé contre la théorie de M. MINARD : elle ne met pas assez en relief la cause de la responsabilité de l'établissement.

1. WAHL, *note* au S. 1898.2.289, sous Paris, 21 février 1896.

D'autres auteurs ont fait appel à la notion de négociabilité et à la nature juridique du titre (1). Cette explication revient à dire que la revendication des titres nominatifs n'est pas admise parce qu'elle rendrait cette forme de titres inacceptable pour les titulaires qui auraient plus d'avantages à acheter des titres au porteur.

Ainsi l'idée de négociabilité serait l'argument pratique qui est intervenu. Quels sont les procédés mis en jeu pour en faire une notion technique? Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'hésiter : l'élément essentiel de la négociabilité est *la mesure de publicité* sans laquelle rien ne peut se concevoir. Cette négociabilité ne peut exister que si l'inscription sur les registres constitue à l'égard des tiers une *preuve absolue de propriété*. Rationnellement, il ne peut en être ainsi que si le détenteur des registres est responsable de la validité des inscriptions qui y sont portées. Ceci revient à dire que *la mesure de publicité a force probante*.

Que cette conception soit contraire au droit commun de la publicité, nous n'en doutons pas : mais nous y sommes amenés nécessairement, car elle seule permet de rendre compte de tous les faits. Elle en reste toujours très près et c'est une raison de la croire juste *a priori*. Soutenu parfois par la doctrine et les tribunaux, ce système est confirmé par l'histoire.

« Le transfert réel... dit le Tribunal civil de la Seine... c'est-à-dire l'inscription du titulaire... sur les registres de

1. BÉZARD-FALGAS. *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et obligations nominatives*, Paris, 1924, p. 87 et s.; CHATRY. *Conclusions*, Tr. civ. Seine, 27 juin 1923, *Gaz. Pal.*, 1923.2.289.

la société débitrice... opère l'investiture du nouveau propriétaire...; il constitue d'une manière absolue et à l'égard de tous, la preuve écrite et complète du droit de ce nouveau titulaire... une fois cédé le nouveau titre doit à raison de sa négociabilité demeurer aux mains du nouveau cessionnaire, *quelles que soient les conditions de son acquisition* (1). »

Comment est apparue l'idée d'assurer la négociabilité d'un titre nominatif à l'aide d'une mesure de publicité? L'article 36 (C. comm.) ne semble pas permettre à lui seul une pareille solution.

L'interprétation qui a été adoptée a été suggérée par la coutume qui s'était imposée en matière de rentes nominatives sur l'État. Il existe une indéniable similitude entre l'alinéa 1 de l'article 36 (C. comm.) et l'article 6 de la loi des 16-24 août 1793. L'un comme l'autre font de l'inscription la manifestation matérielle de la propriété d'un titre nominatif. Quant à l'alinéa 2 de l'article 36 (C. comm.) qui prévoit la procédure du transfert réel il semble avoir été directement inspiré d'un décret du 13 thermidor an XIII relatif aux déclarations de transfert des 5% consolidés.

La Jurisprudence ne fit que continuer un rapprochement que le législateur avait déjà ébauché entre les deux catégories de titres nominatifs (2). Le fait que les regis-

1. Tr. civ. Seine, *précité*; cf. MINARD, *op. cit.* « Le cessionnaire n'a qu'à demander au cédant de lui montrer son certificat d'inscription. L'existence du certificat entre les mains du cédant fait preuve de son droit de propriété », n° 211, p. 223.

2. V. notamment, Req., 31 octobre 1900, *Pand. fr.*, 1901.1.350, S. 1905.1.454 qui reprend exactement à propos des valeurs industrielles les termes employés pour les rentes sur l'État.

tres des sociétés industrielles étaient *privés* ne pouvait créer aucune difficulté. Les situations présentaient de telles ressemblances extérieures qu'il était naturel de leur donner au fond les mêmes solutions.

Les effets des transferts de rentes nominatives s'expliquaient par les considérations que nous avons exposées; on ne retint que le résultat qui était favorablement apprécié puisqu'il rendait la valeur nominative négociable. Les tribunaux appliquèrent purement et simplement la mesure de publicité récente, comme celle qui s'expliquait par des considérations historiques. En procédant ainsi, ils n'ont fait que suivre la voie que le législateur leur avait tracée. Ils y ont été conduits par des besoins pratiques; les solutions obtenues ne sont peut-être pas conformes au droit commun. Elles sont cependant utiles et légales.

51.—III. L'article 17 de la loi du 27 vendémiaire an II qui sert de base à la mutation en douane a soulevé moins de difficultés. C'est sous une forme à peine modifiée les articles 4 et 6 du Règlement de Strasbourg du 24 octobre 1681. Ces derniers visaient essentiellement à permettre à l'autorité publique de vérifier la nationalité des propriétaires de navires « qui ne pouvaient être étrangers, mais seulement français ».

Quelle est la nature de l'article 17, et par suite, quel est le but de la mutation en douane? Sur cette question d'interprétation, la Cour de Cassation et certaines Cours d'Appel notamment celle de Bordeaux, sont entrées en conflit (1).

1. Bordeaux, 26 juillet 1858, S. 1859.2.300; 22 août 1860, S. 1861.2.49; *contra*, Rennes 17 mars, 1849, sous Cass., D. P. 1852.1.178.

Celle-ci prétendait que la loi du 27 vendémiaire an II, ne contenait que des mesures de police de la navigation; par voie de conséquence, les dispositions qu'elle renfermait ne pouvaient avoir aucune influence sur le droit privé. La Cour suprême n'a pas admis cette opinion; elle en a imposé une autre toute différente d'après laquelle la disposition de la loi de vendémiaire an II « a pour effet de permettre aux tiers de s'assurer des mutations opérées dans la propriété du navire en consultant le registre matricule... » (1).

La Jurisprudence moderne d'après laquelle « le tiers qui traite avec le propriétaire inscrit au registre ne doit subir aucune éviction » (2) est la conséquence logique de cette interprétation. La mutation en douane, qui constitue, à l'égard des tiers de bonne foi, la preuve du droit du propriétaire inscrit est bien l'élément matériel d'une situation apparente. Elle n'a, par conséquent, aucun point commun avec la transcription instituée par la loi du 23 mars 1855. Elle n'est pas, au contraire, sans présenter quelques similitudes avec le système des livres fonciers à *force probante*; « l'acte de francisation constitue, en effet, de la part de l'administration une attestation officielle que le bâtiment appartient au propriétaire inscrit. » (3). La comparaison entre ces deux institutions ne saurait cependant être pous-

1. Civ., 3 juin 1863, S. 1863.1.288, D. P. 1863.1.289; 16 mars 1864, S. 1864.1.111, D. P. 1864.1.161. La Cour d'Appel de Bordeaux n'a d'ailleurs pas prolongé sa résistance; Bordeaux, 5 juillet 1870, S. 1870.2.327, D. P. 1871.2.138.

2. RIPERT. *Observations* sur Tr. civ. Seine-Inférieure (section du Havre), 25 février 1928, *Drt. marit. fr.*, 1928.212.

3. Tr. civ. Seine-Inférieure (section du Havre), 25 février 1928, précité.

sée trop à fond, car le receveur des douanes n'a pas à vérifier comme le conservateur du livre foncier la régularité de la convention dont on lui demande l'inscription (1).

1. M. RIPERT indique les raisons qui ont permis de ne faire le receveur des douanes juge de la légalité des transferts : « Le petit nombre des navires, la rareté des transferts, la garantie du serment et du cautionnement, la solvabilité habituelle des armateurs ont rendu superflues les précautions préalables à l'inscription et permis de se contenter d'un recours en cas d'erreur » (*Droit maritime*, 3^e éd., t. 1^{er}, n^o 428, p. 495).

TITRE II

LA MANIFESTATION DE VOLONTÉ ET L'APPARENCE

52. — L'acte juridique ne traduit par lui-même que la manifestation de volonté des parties, c'est-à-dire le consentement à s'obliger complété par les raisons qui l'ont suscité; ces raisons sont de deux sortes : les motifs extra-juridiques qui n'interviennent que rarement dans l'expression de la volonté et qu'il n'est pas besoin de connaître, et le *but* juridique poursuivi que l'on appelle couramment *cause*. En principe, pour que l'*instrumentum* soit régulier au fond, il faut qu'il porte les mentions régulières d'un consentement valable et d'une cause légale, celle-ci se révélant ordinairement par son indication, celui-là se concrétisant par la signature. Mais la forme de l'acte est beaucoup plus complexe; ces seules mentions du consentement et de la cause ne sont pas toujours suffisantes à elles seules; elles révèlent les éléments essentiels de l'acte, mais la manifestation de volonté, réduite à la signature et à la mention de la cause est en quelque sorte, à l'état brut; elle doit parfois être complétée par l'adjonction d'éléments subsidiaires; si ceux-ci ne sont pas réunis, la validité de la manifestation de volonté devient aléatoire.

Pour qu'il y ait « situation apparente » il faut, d'une

part, qu'il y ait discordance entre le consentement ou la cause exprimés et le consentement ou la cause véritables; il faut, d'autre part, que *l'instrumentum* qui renferme l'énoncé de la situation apparente ne contienne aucun motif *visible* de nullité, ou aucune mention permettant de décélérer l'irrégularité de fond.

CHAPITRE PREMIER

L'INSTRUMENTUM CONCRÉTISATION DE LA VOLONTÉ

Commençant par l'étude des conditions de forme, nous envisagerons successivement les cas où la volonté est nulle pour défaut de forme et ceux où l'un des éléments représentatifs de la volonté est *faux*.

SECTION I

Défaut de Forme et Absence de Mentions.

53. — Les réactions du défaut de forme sur la manifestation de volonté sont multiples. Pour élucider plus facilement le problème il nous faut distinguer selon que la forme de l'*instrumentum* est libre ou au contraire imposée à peine de nullité : dans l'un et l'autre cas les solutions sont, en effet, fort différentes.

§ 1^{er}. — Si le *negotium* n'exige pas *ad substantiam* une forme authentique, les parties ont pu cependant préférer que l'acte soit revêtu de cette forme; qu'advientra-t-il si celle-ci n'est pas réalisée par suite d'un vice quelconque? L'acte, le *negotium*, sera-t-il nul lui-même, ou s'il conserve une valeur, quelle sera-t-elle? Le code civil a résolu le pro-

blème. Il a posé, dans l'article 1318, à propos des actes notariés, une règle célèbre qui doit être généralisée, celle de la conversion des actes juridiques par réduction (1). Encore faut-il, pour que le *negotium* soit efficace malgré son vice de forme, qu'il renferme les éléments essentiels de l'acte mineur, que, notamment, la minute nulle de l'acte notarié contienne la signature des parties (art. 1318) (2). A cette condition, un acte de vente qui, pour une question de fond, simulation, par exemple, provoque une situation apparente, peut la créer bien que la forme authentique dont il est revêtu soit nulle, pour incapacité du notaire, défaut de mentions non essentielles...ou toute autre cause. Les conditions *minima* de l'une des formes valables étant réalisées les tiers agissent régulièrement en s'en contentant.

1. X. PERRIN. *La Conversion par réduction des actes et des personnes juridiques*, thèse Dijon, 1911.

2. Cependant, il est nécessaire d'observer que le titre ne remplira pas toutes les conditions de formation de l'acte sous-seing privé notamment, la formalité du *double* (art. 1325 C. civ.) s'il s'agit d'une convention synallagmatique, du *bon pour* s'il s'agit d'une promesse de somme d'argent (art. 1326 C. civ.); s'il en avait été autrement, l'article 1318 aurait été un texte sans portée car aucune de ces formalités n'est jamais accomplie dans un acte notarié : elles sont remplacées par la présence de l'officier public qui, malgré son incapacité ou l'erreur qu'il a commise, apporte cependant un élément de sécurité. « Il y a là un effet de l'*authenticité* apparente, consistant dans la dispense des formalités de *double* et de *bon pour* » (J. PIÉDELIEVRE, *Des effets produits par les actes nuls*, thèse Paris, 1911, p. 77), dans le même sens : A. COLIN et CAPITANT, t. II, p. 208, 4^e éd.— Req., 24 avril 1901, D. P. 1901.1.444, S. 1904.1.229. Tr. civ. Seine, 14 mars 1930, *Journal des Notaires*, 1930, p. 908; *contra* : Lyon, 27 novembre 1926, *Journal des Notaires*, 1930, p. 628; la Cour de Cassation (Civ. 17 juillet 1929, *ibidem*) a estimé que l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon contenait de simples appréciations de fait et par suite a rejeté le pourvoi sans poser expressément de règle générale.

Ces différentes espèces ne sont pas des cas d'apparence, elles sont cependant du plus haut intérêt car les principes formulés par ces décisions sont applicables à la théorie de l'apparence.

§ 2. 54. — Qu'advient-il quand, au contraire, la forme authentique est exigée *ad substantiam*? Il semblerait, *à priori*, que la nullité de l'acte soit la seule sanction d'un vice de forme ou d'un défaut de mention. Ce n'est que partiellement vrai, car, ici encore, plusieurs distinctions sont à faire.

I. — La réduction par conversion est, en effet, possible, en certains cas : une forme solennelle irrégulière est convertie en une forme solennelle *inférieure*, les effets de l'acte restant les mêmes — ou bien la conversion des formes solennelles entraîne un changement dans la nature et les effets de l'acte réduit.

1. — Ainsi, la plupart des auteurs et la jurisprudence admettent que le testament mystique peut être converti par réduction en un testament olographe, dès lors qu'il a été entièrement écrit et daté de la main du testateur (art. 976 et 979 C. civ.) (1). Si cette dernière condition n'était pas réalisée la conversion serait impossible car les éléments du testament olographe ne seraient pas réunis. Cette règle est susceptible de nous intéresser directement dans le cas où le testament mystique converti en un testament olographe valable serait, par la suite, révoqué à l'aide d'un autre testament olographe; le légataire qui puiserait ses droits dans le testament mystique réduit pourrait être réputé *légataire apparent*, tant que le second testament olographe ne serait pas connu. En conséquence, les aliénations, consenties par lui, d'immeubles légués par

1. En ce sens, AUBRY et RAU, t. X, § 671, 5^e éd.; BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN. *Des donations et testaments*, t. II, § 2160.

le premier testament seraient valables à l'égard des tiers de bonne foi.

La conversion par réduction d'un testament mystique en un testament olographe régulier n'entraîne donc aucune modification dans les effets de ce titre.

2. — Par contre, la conversion par réduction de la lettre de change entraîne un changement de nature et une modification des effets. Pour qu'il y ait « lettre de change » il est nécessaire que soient réunies, sur le même *instrumentum*, les mentions exigées par l'article 110 du Code de commerce. La lettre de change incomplète est nulle. Elle ne peut en tant que telle, créer une situation apparente, même si le tiers porteur démontrait sa bonne foi (1); mais si les mentions qui manquaient, à l'origine, sur l'*instrumentum*, ont été, par la suite, ajoutées, il ne saurait y avoir de doute : il y a certainement « lettre de change » à l'égard des *porteurs de bonne foi postérieurs à la régularisation* car ils n'ont pas les moyens de reconnaître facilement les modifications dont le titre a été l'objet (2).

Si, les dispositions de l'article 110 (C. comm.) n'ayant pas été respectées, la lettre de change n'a pas été complétée au cours de sa circulation, s'il manque, par exemple, le nom du preneur, elle est convertie par réduction en billet à ordre, sous réserve, évidemment, que les conditions de formation du billet à ordre soient remplies. Le titre ainsi

1. LYON-CAEN et RENAULT, t. IV, n° 472; THALLER et PERCEROU, n° 1370; LACOUR et BOUTERON, t. II, n° 1192, 3^e éd.; LESCOT. *De l'Omission des Mentions essentielles de la lettre de change*, Ann. droit comm., 1928, p. 283.

2. ESCARRA. *Lettres de change en blanc*. Ann. droit comm., 1908, p. 238 et s.; LESCOT, *op. cit.*, p. 288.

réduit crée une situation apparente en tant que billet à ordre; mais toutefois cette réduction n'a pas une influence considérable : la clause à ordre reste en effet à la source des cas d'apparence, lors même que les éléments juridiques du billet à ordre ne seraient pas réunis; si, par exemple, la date du paiement y faisait défaut, l'*instrumentum* vaudrait comme *simple promesse* munie d'une *clause à ordre* qui continuerait de provoquer les mêmes effets au point de vue de l'apparence (1). Lorsque dans la promesse, la clause ordre fait défaut, l'on se trouve ramené au droit commun des articles 1690, et suivants (C. civ.).

L'omission d'une des mentions obligatoires se révèle par la simple lecture, et par suite peut être facilement décelée; mais en est-il de même quand l'une des mentions qui figurent sur la lettre de change a été « supposée » c'est-à-dire ne correspond pas à la réalité? il peut en être ainsi quand le nom du tiré est fictif, ou quand il lui est attribué une qualité inexacte, celle de commerçant, notamment. Il n'y a pas, à proprement parler, *faux*, car l'engagement réellement voulu subsiste toujours; c'est bien la solution admise par l'article 112 du Code de commerce d'après lequel ces lettres de change contenant supposition de nom ou de qualité sont réputées simples promesses. Mais cette réduction par conversion qui fait perdre au dernier porteur la garantie qu'impliqueraient l'obligation du tiré et les endossements successifs, est-elle opposable? Evidemment non, cette opposabilité serait contraire aux règles les plus certaines du droit cambiaire; la simple lecture ne peut

1. LESCOT, *op. cit.*, p. 279.

révéler la supposition, par conséquent, la lettre de change demeure valable comme telle à l'égard du tiers porteur de bonne foi, et lui permet d'opérer contre le tiré, même s'il n'est pas commerçant, aussi bien que contre les endosseurs, les mesures d'exécution prévues par la loi du change.

Une règle domine toutes les hypothèses que nous venons d'étudier : la nullité de forme ne fait pas perdre à la manifestation de volonté tout son caractère obligatoire (1).

55. — II. Dans les cas que nous allons maintenant envisager, la forme réagit sur le fond, la nullité de la forme entraîne l'inefficacité de l'acte juridique, ou peut signaler une irrégularité de fond.

1. — Il en est ainsi quand la forme solennelle *nécessaire* pour la formation de l'acte ne peut être supplée. La conversion par réduction est impossible car la forme solennelle imposée par la loi est seule valable : les actes du droit civil, comme la donation entre vifs, le contrat de mariage, le testament par acte public, sont dans ce cas. La forme étant irrégulière, l'acte n'a aucune valeur, *inter partes*, même si les parties ont signé la minute. Tout au plus l'exécution d'un tel acte constitue-t-elle, parfois, l'exécution d'une obligation naturelle. C'est le même principe qui s'applique, que la cause de nullité soit générale et frappe la totalité de l'acte comme l'incompétence de l'officier ministériel, ou que la cause de nullité soit spéciale et n'affecte qu'une partie de l'acte comme l'absence d'une signature sous une clause en renvoi — seul le nombre des clauses nulles diffère.

1. X. PERRIN, *op. cit.*, p. 10.

Les raisons qui exigent la nullité de l'*instrumentum* irrégulier à l'égard des tiers conservent *a priori* leur pleine valeur malgré la théorie de l'apparence. Il serait inadmissible qu'un individu demandât l'application de cette théorie née des difficultés que l'on rencontre pour obtenir des renseignements précis, alors que la seule lecture du titre sur lequel il prétend s'appuyer, lui aurait révélé un motif de nullité; en effet, un acte radicalement faux en la forme ne peut créer une apparence de régularité qu'aux yeux d'un tiers négligent. Cependant le problème est moins simple qu'il ne le paraît et la Cour de Cassation après s'en être tenue à l'application stricte des règles ci-dessus formulées en a sensiblement modifié l'économie dans les cas où la cause de nullité, quoique résultant de la forme de l'acte, n'est pas absolument flagrante.

L'expression « nullité d'un titre » est des plus employées; encore faudrait-il se mettre d'accord sur le sens du mot « titre » au moins quand il s'agit d'actes notariés. Qu'est-ce qui constitue l'acte à l'égard des tiers de bonne foi? Est-ce la seule minute déposée dans l'étude du notaire qui a instrumenté? ou bien, la grosse remise aux parties et que celles-ci présentent comme établissant leurs droits peut-elle faire autorité à l'égard des tiers? En droit pur, la question ne saurait faire difficulté. Seule la minute a une valeur probatoire absolue; la grosse est une copie sans valeur par elle-même. Le problème s'est présenté à plusieurs reprises devant les tribunaux : il s'agissait d'une cause de nullité invisible sur la grosse, ou fort peu visible sur la minute. La première décision fut rendue dans une espèce particulièrement typique : un contrat de mariage, passé à Alger,

stipulait, au profit de la dame A., en cas de survie, une donation universelle des biens qui seraient laissés par son mari, cette clause étant contenue dans un renvoi en marge; or, ce renvoi, par suite d'un oubli, n'avait été ni signé, ni paraphé, sur la minute, par l'un des témoins instrumentaires; après que la condition eût été réalisée, la dame A... vendit l'un des immeubles qu'elle avait ainsi recueillis, en établissant ses droits à l'aide de la grosse du titre entièrement régulière; la vente était intervenue dans le ressort de la Cour d'Appel de Besançon; l'acquéreur avait jugé la grosse comme une preuve suffisante de la propriété et ne s'était pas inquiété de la minute déposée en l'étude du notaire d'Alger. La Cour de Besançon (1) estima : « Que la seule apparence du vice dont l'acte est entaché constitue les parties en faute et que leur négligence et leur impéritie s'opposent à ce qu'elles excipent de leur bonne foi; mais qu'il en est autrement, lorsqu'elles traitent, comme dans l'espèce, sur le vu de l'expédition régulière d'un acte authentique n'offrant aucun indice de nullité ni au fond, ni en la forme et que le vice de cet acte n'est apparent que dans la minute. » La Chambre civile de la Cour de Cassation (2) cassa cet arrêt en affirmant que « cette circonstance que l'expédition authentique du titre sur le vu de laquelle l'acquéreur a traité ne portait, dans l'espèce, aucune trace de la nullité ne peut suffire à effacer le vice radical du titre ». La Cour de renvoi (3) reprit purement et simplement la thèse de la Cour de Cassation en invoquant

1. Besançon, 18 juin 1864, S. 1865.2.102.

2. Civ., 26 février 1867, D. P. 1867.1.75, S. 1867.1.161, 1^{re} espèce.

3. Lyon, 15 mai 1868, S. 1868.2.311.

l'article 1334 (C. civ.) et la négligence de l'acheteur « qui n'a traité que sous l'influence d'une *erreur qui lui est imputable* puisqu'il pouvait l'éviter en se reportant au titre du vendeur comme le lui recommandait la prudence la plus vulgaire ».

Cette Jurisprudence rigoureuse est d'ailleurs très logique; le titre fondamental est la minute, rien ne vaut en dehors d'elle. On est en faute de ne pas avoir pris connaissance de la minute. Mais cette manière de voir est la négation même de la théorie de l'Apparence : celle-ci conduit à s'en rapporter, en quelque sorte, à l'aspect *superficiel* d'une situation; s'en tenir aux énonciations de la grosse c'est bien s'en tenir aux apparences. Nous n'oserions affirmer que la Cour de Cassation consacrerait encore la même solution; en effet, quelques années après la décision que nous avons étudiée, la Chambre des Requêtes a rendu, dans une affaire mettant en jeu des principes similaires, un arrêt impliquant un esprit différent, voire opposé.

Il s'agissait, en l'espèce, d'un testament public qui ne réalisait pas la forme régulière; or, le testament public ne peut pas être écrit de la main du testateur (art. 972, al. 1 et 2 C. civ.) par conséquent il n'est pas convertible par réduction en testament olographe. Cependant le pourvoi formé, contre un arrêt validant les actes passés sur le vu de ce testament fut rejeté par la Chambre des Requêtes (1) parce que « la nullité a été prononcée à cause de l'inaccomplissement d'une formalité qui n'était pas apparente et de nature à infirmer d'une manière quelconque l'*erreur*

1. Req., 14 août 1875, S. 1876.1.8, D. P. 1876.1.123.

commune sous l'emprise de laquelle les parties ont contracté ». La mention que la lecture avait été faite en présence des témoins instrumentaires manquait sur le titre; affirmer que le défaut de mention n'était pas apparent, comme le fait la Chambre des Requêtes, n'est pas conforme à la stricte vérité; il serait plus exact, à notre avis, de dire que la mention de la lecture n'est pas de ces formalités auxquelles on songe immédiatement et dont l'absence s'impose à l'esprit du moins averti. C'est bien un pas franchi plus avant dans la théorie de l'Apparence, mais comment faire de façon rationnelle une discrimination entre les diverses mentions nécessaires : l'absence des unes maintenant cependant une apparence de régularité, l'absence des autres l'empêchant de naître? Les premières décisions en ce sens ne pourraient pas poser de règles générales et, à notre connaissance, la question n'a plus été soulevée depuis 1875; il en est sans doute ainsi, à cause des soins minutieux qu'apportent les officiers ministériels à la rédaction des actes.

2. — La transmission d'un titre à ordre s'opère par voie d'endossement. Comme sur beaucoup d'autres points, seule, la lettre de change, le titre à ordre-type, a été l'objet de dispositions détaillées dans le Code de commerce (art. 136 à 140). L'article 187 (C. comm.) y renvoie purement et simplement quant au billet à ordre. Mais les autres textes prévoyant des titres à ordre (art. 281, C. comm. — connaissance — art. 1^{er}, al. 1^{er} 4^o, l. 14 juin 1865, chèque) n'en règlent pas le transfert et il s'ensuit que les dispositions relatives à la lettre de change sont encore applicables.

Avant la loi du 8 février 1922 la forme de l'endossement était déterminée par l'article 137 (ancien) qui exigeait la mention de la date, celle de la valeur fournie et le nom de l'endossataire, à quoi il fallait ajouter, bien qu'elle ne fût pas indiquée par le texte, la signature de l'endosseur. Lorsque l'une de ces mentions, exception faite pour la dernière, faisait défaut, l'endossement translatif était réduit par conversion en un endossement de procuration (art. 138 ancien C. comm.).

La loi du 8 février 1922 a considérablement simplifié la formalité de l'endossement : il suffit de la « signature de l'endosseur »; l'endossement n'est de procuration « que si telle a été la volonté *clairement* exprimée des parties contractantes (art. 138 nouveau). Réalisé par l'apposition de la seule signature de l'endosseur, l'endossement est devenu de toute évidence, une solennité irréductible par conversion. Les endossements successifs se présentent sous la forme d'une série de signatures n'ayant entre elles aucun lien visible, la vérification du tiers porteur consiste, non plus à examiner l'enchaînement des endossements ce qui est impossible, mais à rechercher si telle signature qu'il connaît n'est pas un faux.

La situation se complique de ce fait que la loi du 8 février 1922 n'a pas complètement modifié les errements de la pratique : la valeur fournie n'est plus que rarement indiquée, la mention de la date est devenue plus rare, mais l'usage de faire précéder la signature de l'endosseur du nom de l'endossataire est encore extrêmement répandu. Il s'ensuit que, comme sous le régime primitif du code, la lecture des endossements successifs peut révéler une rup-

ture dans la série des transferts (1). Quand la chaîne des endossements est complète, l'un quelconque des endossements sauf celui qui émane du preneur, doit être signé de celui qui dans l'endossement précédent était endossataire (2); si donc il n'y a pas identité entre l'endossataire et l'endosseur dans les endossements pris deux à deux c'est que le titre a été transmis par un non propriétaire à l'ordre d'une autre personne. Mais cette indication qui avait une valeur absolue avant la loi du 8 février 1922 ne peut plus fournir que des résultats imprécis, car dans l'exemple théorique que nous avons choisi D. endosse valablement par sa seule signature (3). Il en résulte que si la mention de l'endossataire est ultérieurement indiquée, il y a rupture dans la chaîne des endossements, bien qu'au fond celle-ci soit, par hypothèse, parfaitement valable. G. sera amené à se demander si E. est un usurpateur ou si D. a appliqué l'article 137 nouveau. Avant 1922, aucun doute n'était possible l'endossement n° 4 était nul en tant qu'endossement translatif; à l'heure actuelle, la question se pose et sa solution certaine résulte d'une enquête entreprise pour

1. Paris, 29 janvier 1924, S. 1924.2.16; Lyon, 26 juillet 1926, D. H. 1926.474.

2. 1° A l'ordre de B
 Signé A
 2° A l'ordre de C
 Signé B
 3° A l'ordre de D
 Signé C

3. 4° Signé D
 5° A l'ordre de F
 Signé E
 5° A l'ordre de G
 Signé F

savoir si E. est ou non un voleur (1). *A priori*, une telle chaîne d'endossements peut-elle créer, à l'égard du tiers porteur une situation apparente, s'il a négligé de procéder à l'enquête et que E. est un voleur? Il faut, nous semble-t-il, se prononcer pour l'affirmative car *légalement* tous ces endossements sont irréprochables : l'endossement n° 4 est conforme à la loi, les autres sont valables car leur forme est plus complexe que celle prévue par l'article 137 nouveau qui ne fixe impérativement qu'un minimum.

Cette opinion semble confirmée par un arrêt de la Cour de Cassation intervenu dans une espèce où l'apparence de régularité était beaucoup plus difficile à admettre (2). Il s'agissait d'un chèque barré réglant des affaires internationales et dont la filière des endossements ne se déroulait pas régulièrement. La Société Schencker à Lezno avait reçu par endossement de la Landsbank le chèque litigieux, puis, pour une raison qui importe peu, elle l'avait remis à un nommé Blin, *de la main à la main sans le lui endosser*; Blin, simple détenteur du titre, l'avait endossé à la Banque de l'Ouest à Poznan; puis, après plusieurs transmissions régulières, le chèque fut présenté en vue du paiement à la Banque du Rhin : il s'agissait de savoir si celle-ci s'était valablement libérée. La rupture de la chaîne des endossements était manifeste; ceux-ci se déroulaient dans l'ordre suivant :

1. Cet endossement n'est certainement pas un endos de procuration, car l'article 138 nouveau exige que la volonté des parties contractantes soit *clairement* exprimée. L'endos signé D est donc translatif. A supposer que E soit un voleur il peut, en toute sécurité, transférer la traite, car aucun nom n'apparaît dans l'endos précédent.

2. Req., 22 juin 1927, D. P. 1928.1.91, note A. C. rejetant un pourvoi formé contre : Colmar, 9 février 1926, D. H. 1926.309.

1^o Endossement de la Landsbank à l'ordre de la Société Schencker.

2^o Endossement de Blin à l'ordre de la Banque de l'Ouest etc..., alors que pour être réguliers ils auraient dû se présenter dans la disposition que voici :

1^o Endossement de la Landsbank à l'ordre de la Société Schencker.

2^o Endossement de la Société Schencker à Blin;

3^o Endossement de Blin à la Banque de l'Ouest, etc.

En présence de ce qui précède il ne semble pas exact d'affirmer, comme le fit la Cour d'Appel de Colmar, que « le chèque litigieux avait l'apparence d'un chèque régulièrement endossé et présentait à l'inspection une filière apparente ininterrompue. » Mais à côté de cet argument contestable le même arrêt faisait valoir que la Banque de l'Ouest à Poznan qui se trouvait, pour ainsi dire, sur les lieux de l'opération frauduleuse avait accepté l'endossement que lui faisait Blin; par suite la Banque du Rhin pouvait s'autoriser de l'attitude de la Banque de l'Ouest pour supposer avec une vraisemblance suffisante que Blin était un administrateur de la société Schencker qui n'avait pas indiqué sa qualité.

Quelle serait la portée de l'arrêt de la Chambre des Requêtes qui rejetait le pourvoi formé contre la décision de Colmar, s'il devait former le point de départ d'une jurisprudence nouvelle? Serait-on conduit à admettre que « toute signature opère toujours transmission d'un effet à ordre, le signataire étant présumé mandataire du *précédent porteur dénommé* » (1). Ce sont là, évidemment les

1. Note signée A. C., D. P. 1928.1.91, sous Req. 22 juin 1927.

conséquences extrêmes de la doctrine de l'arrêt; mais, tout en tenant compte de l'interprétation très libérale qu'il donne des obligations du payeur, il n'est pas, croyons-nous, à prévoir que la même solution soit, en toutes circonstances, consacrée, car l'espèce présentait des particularités très tranchées : l'argument déterminant a été la « distance » considérable qui séparait le lieu de la fraude de celui du paiement; il en résultait, pour la banque tirée, des difficultés sérieuses si elle avait voulu se renseigner; mais une demande d'explications pouvait sembler superflue puisqu'une banque du pays où s'était commise l'irrégularité de forme n'avait pas pris garde à l'illégalité de fond qui *pouvait* en être l'origine. Il est probable que cette même solution ne s'appliquerait pas sur le marché intérieur où les renseignements sont plus facilement obtenus; il suffit de quelques heures pour qu'ils parviennent à l'établissement tiré; le défaut de forme valable légitime la restriction apportée au principe qui fait du chèque un titre payable à vue. Nous prévoyons l'objection : admettre le principe de l'arrêt du 22 juin 1927 sur le marché international, en s'appuyant sur ce fait que les renseignements sont difficilement réunis, rejeter ce même principe sur le marché intérieur parce que l'enquête peut être plus rapidement menée, n'est-ce pas tomber dans l'arbitraire? Les rapports entre Paris et Bruxelles sont aussi faciles et aussi fréquents qu'entre Paris et Marseille; bien que les uns soient internationaux et les autres internes il serait absurde d'appliquer aux premiers l'idée qui a conduit à l'arrêt du 22 juin 1927, et de ne pas l'étendre aux autres. Si l'on ne fait pas intervenir, à tout coup, le facteur « distance » dans

les relations internationales, à partir de quel point deviendra-t-il opérant? Les relations entre la métropole et les colonies en seraient-elles affectées? Il serait inadmissible d'appliquer, en cette matière, des règles rigides comme l'a fait l'article 160 du Code de commerce pour les délais de présentation des lettres de change sur l'étranger. Aucun critère trop absolu n'est défendable; le problème se trouve ramené à une pure question de fait, nous le reconnaissons; s'il est facile de présumer que le facteur « distance » jouera dans les relations avec l'Extrême-Orient, même s'il s'agit de maisons françaises, sur trop d'autres points la solution semble incertaine. Nous croyons que la « distance » pourrait être appréciée en fonction des moyens d'investigation dont dispose normalement un individu eu égard à sa profession et à la nature de l'opération qu'il envisage (1). Cette formule laisse entière la liberté d'appréciation des tribunaux, mais il ne nous semble pas que, pour l'instant, il soit possible d'apporter plus de précision.

Les prémisses que nous avons posées au début de ce chapitre sont-elles gravement modifiées par ces décisions? En règle générale, l'Apparence est une notion qui transforme le fond du droit mais à la condition expresse que

1. A rapprocher de l'arrêt que nous analysons l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 16 mai 1927 — 2^e espèce — (D. P. 1929.2.69, note de M. GABOLDE)... « que C. et G. habitaient loin de Montpellier et ignoraient la situation de L. et ses agissements; qu'ils ont acquis un immeuble sur lequel, après les enquêtes habituelles, le crédit foncier avait prêté... »

Dans la première espèce, la même idée est moins nettement indiquée... que B. habitant Marseille et ignorant la situation, etc...

C'est bien la même notion de « distance » qui se fait jour dans le souci d'expliquer l'ignorance des tiers par le lieu de leur domicile.

« l'extérieur » de la situation apparente ne suscite dans l'esprit du plus diligent aucun soupçon d'illégalité. Or, ces arrêts que nous venons d'analyser (1) appliquent la théorie de l'Apparence, dans des cas où l'irrégularité de la forme provoquait ou signalait une nullité au fond; il s'ensuit qu'un acte présentant des vices de forme peut constituer l'élément matériel d'une situation d'apparence. Nous maintenons toutefois le principe que nous avons précédemment formulé; mais nous reconnaissons que ce principe a été quelque peu restreint par l'application même de la théorie de l'Apparence; en effet, parmi les nullités qui résultent de défauts de forme il en est qui ne sont pas flagrantes ou qui pourraient être expliquées par quelque concours de circonstances. Il s'agit là d'éléments nouveaux qui se présentent rarement et au sujet desquels toute anticipation serait téméraire. La règle ne peut *encore* être formulée, autrement que nous l'avons fait, mais l'on aperçoit déjà des modifications importantes.

SECTION II

Mentions fausses.

56. — *L'instrumentum* contient toutes les mentions qui sont nécessaires à sa régularité extérieure. Mais, au fond, l'un des éléments de la volonté fait défaut : l'acte n'a pas été *voulu*, car la signature qu'il porte est un *faux*; l'acte n'a pas été *voulu* conformément à la loi parce que la cause

1. Req., 14 août 1875, S. 1876.1.8, D. P. 1876.1.123; Req., 22 juin 1927, D. P. 1928.1.91, note A. C.

indiquée est *fausse*, alors que la cause véritable est illégale ou immorale; l'acte n'a pas été *voulu* pour la somme qu'il mentionne, celle-ci étant supérieure au montant de l'obligation; enfin, les modalités de paiement telles qu'elles sont relatées ne correspondent pas à la réalité. Les tiers pourront-ils, se basant sur l'aspect régulier du titre, en exiger l'exécution ou y procéder valablement? Dans l'affirmative quelles sont les conditions minima que doit présenter l'*instrumentum* pour produire ces effets?

§ 1^{er}. — *La Signature fausse.*

57. — La signature qui matérialise le consentement joue en matière juridique un rôle capital. « La signature est, en effet, l'empreinte propre et autant que possible immuable, l'empreinte essentiellement personnelle par laquelle un individu atteste non seulement son consentement, mais sa présence physique, en laissant une trace indélébile et non équivoque de son regard sur l'acte et du passage de sa main au bas dudit acte » (1). Un acte juridique qui n'est pas signé peut être un acte juridique qui n'est pas voulu; en quelle mesure, cependant, l'apposition d'une signature fausse peut-elle à l'égard des tiers engager l'individu dont la signature a été imitée? « Aucune disposition ne dit que l'imitation d'une signature par un faussaire, *là même où elle serait parfaite au point pour toute personne de s'y tromper*, équivaut à cette signature véritable. Aucune disposition légale ne pouvait le dire : il serait

1. SAVATIER, *note* au D. P. 1922.1.201, sous Req., 20 février 1922.

contraire au bon sens qu'une personne se trouvât obligée sans son fait, sans sa participation » (1). C'est là l'expression d'une doctrine d'une logique impeccable, la proposition semble absolument inattaquable et cependant cette question a donné lieu à des difficultés très graves et a suscité des solutions contraires à celles qu'exigeait la logique.

58. — Le problème se présente sous différents aspects :

I. — On peut d'abord supposer qu'un mandataire signe non pas de son nom en excipant de son mandat, mais du nom de son mandant en *imitant* la signature de celui-ci.

La question s'est rarement posée devant les tribunaux; nous avons, cependant, dans les décisions récentes, relevé trois espèces qui, malgré des divergences de faits, peuvent être classées sous la même rubrique (2).

L'espèce du 20 février 1922 est particulièrement typique: il s'agissait d'un cautionnement souscrit par un docteur qui avait fait signer de son nom par son secrétaire. La Cour de Cassation jugea « qu'en l'autorisant à inscrire sous son obligation une signature d'apparence sincère dont la fausseté compromettait la validité dudit contrat, le Dr P. a commis une *faute* qui a déterminé le sieur G. à traiter... et le dommage qui en est résulté pour ledit G. impose aux héritiers P. la représentation du prix. » La hardiesse de cette décision est tout de surface, car l'élément déterminant est la faute du mandant; le procédé ordinaire

1. THALLER, *note* au D. P. 1896.2.401, sous Tr. civ. Seine, 18 avril 1896.

2. Req., 15 avril 1913, S. 1920.1.113, *note* de M. DEMOGUE; Req., 20 février 1922, D. P. 1922.1.201, *note* de M. SAVATIER; Bordeaux, 8 mai 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2. Suppl. 101, *Rev. trim.*, 1929, p. 1099, *note* de M. DEMOGUE.

de la Jurisprudence apparaît ici lumineusement : l'acte est nul d'après le droit commun, mais cette nullité tient à une *faute* de l'une des parties, la *faute* appelle une sanction civile; la plus adéquate est certainement l'exécution de l'acte; par suite celui-ci produit les mêmes effets que s'il avait été régulier.

Ce cas nouveau d'apparence peut prendre une extension considérable, car, ainsi que le fait remarquer M. Savatier (1), le nombre de signatures que certaines personnes doivent apposer chaque jour constitue une charge très lourde qu'il est, parfois, impossible d'alléger en donnant un mandat ordinaire; il est beaucoup plus simple de charger un secrétaire d'apposer la signature en question; il se produit alors une différence théorique entre la validité de l'acte instrumentaire et celle de l'acte juridique : l'un étant nul pour vice de forme, l'autre étant efficace par suite de la faute de celui qui aurait été le signataire véritable.

Pour l'instant, cette solution, dans son premier terme, ne peut faire doute. Peut-être, cependant, finira-t-on par trouver qu'il y a là une subtilité; la notion de signature personnelle se modifiant on estimera sans doute valable le mandat qui donne au mandataire le pouvoir de signer directement du nom du mandant d'autant plus que l'exécution de l'obligation ne constitue pas une sanction puisqu'elle a été véritablement voulue; déjà la Cour d'Appel de Bordeaux, dans la mesure où l'on peut raisonner sur le très bref sommaire que nous connaissons, semble avoir abandonné la théorie de la faute pour s'en tenir

1. SAVATIER, *note précitée*.

à cette idée que l'acte aurait pu être signé du pseudo-signataire sans que ses intérêts en fussent compromis (1).

Au fond, si le « mandat à la signature » se répandait, et si dominait la conception que nous suggérons, seuls seraient changés les moyens employés pour parvenir à une solution favorable aux tiers qui se sont laissés tromper. Le mandataire serait un secrétaire, par conséquent, un *préposé*; l'article 1384 al. 4 (C. civ.) serait très certainement applicable : la sanction consisterait à l'égard du mandant dans l'exécution de l'acte indûment souscrit. Resterait, cependant une difficulté importante : comment prouverait-on le contrat de mandat, les pouvoirs accordés au secrétaire? Il serait possible d'admettre comme suffisantes quelques présomptions « graves, précises et concordantes » (art. 1353, C. civ.); la preuve du mandat pourrait résulter, par exemple, de la présence du secrétaire dans des bureaux appartenant à son commettant, ou toute autre circonstance de nature identique. Lorsque cet ensemble de faits aurait été suffisamment vraisemblable, la présomption qui s'en dégagerait pourrait même être irréfragable. Ce système aurait l'avantage de mieux protéger les tiers que la construction jurisprudentielle; un fait matériel est plus facilement prouvé qu'une faute (2).

1. Cf. dans *Rev. trim.*, 1929, p. 1099 la note de M. DEMOGUE sur cette décision.

2. Ce système n'est nullement exorbitant du droit commun. Il a été appliqué dans des espèces se présentant de façon analogue. Des préposés signaient *frauduleusement* des chèques du nom de leur commettant (sans y avoir été au préalable autorisés). Le paiement effectué par les banques fut reconnu valable à l'égard du commettant, titulaire du chéquier parce que « juridiquement la personnalité du commettant et celle du préposé se confondent » (Riom, 24 janvier 1924, S. 1925.2.21;

59. — II. Pour l'instant, les hypothèses précédentes ne présentent pas un intérêt considérable. Beaucoup plus fréquents, au contraire, sont les cas où la signature a été apposée par un faussaire, au sens strict du mot.

Dès l'abord, une constatation s'impose : la question se pose, en pratique, surtout pour les actes valablement faits en un seul exemplaire, tels que testaments, lettres de change, chèque. Si, de toute façon, le problème est difficile, il faut remarquer qu'il est particulièrement aigu quand il s'agit de signature fausse sur des titres de circulation; pour ceux-ci, la vérification d'écriture, aisée relativement en matière de testament olographe, est à peu près impossible.

La Cour de Cassation (1) a estimé, dans la célèbre affaire de la Boussinière, que des testaments olographes faux, mais cependant reconnus valables par les tribunaux après expertise, étaient suffisants pour créer une situation apparente. C'était là une décision profondément raisonnable car « si le légataire a pu tromper la justice, si toutes les juridictions auxquelles il s'est adressé ont affirmé son droit, comment le tiers pouvait-il en douter et se montrer plus clairvoyant » (2). Il ne faudrait pas s'exagérer la portée de cet arrêt et étendre cette solution à toutes les hypothèses où le problème se pose dans des termes à peu près

Douai, 4 mars 1926, S. 1926.2.31). Sur ce point la Doctrine (H. CAPITANT, *Gazette Dalloz*, 15 octobre 1923) et la Jurisprudence sont, d'ailleurs, dans le même sens.

1. Civ., 26 janvier 1897. S. 1897. 1.313, note de TISSIER, D. P. 1900. 1.33, note de SARRUT.

2. CHARMONT. *Examen doctrinal sur l'arrêt précité*. Revue crit., 1902, p. 19.

semblables; il se rattache à la série des décisions validant les actes de l'héritier apparent et a été provoqué, sans aucun doute, par l'espèce de mystique qui s'est créée autour de cette question.

Supposons en effet, qu'une traite ait été créée de toutes pièces par un faussaire : entre les parties fictives à la traite: tireur, tiré, preneur, il n'y a évidemment aucun rapport d'obligation né du titre faux. Mais à l'égard du tiers porteur de bonne foi, quelle sera la valeur de la signature fausse? Selon que l'on attachera une importance plus grande au rôle joué par la volonté ou à la sécurité de la circulation des traites, on refusera ou on acceptera l'opposition de l'exception, c'est-à-dire, au fond, l'application de la théorie de l'Apparence, dégagée de ses artifices. Or, la Doctrine dans sa majorité et la jurisprudence, s'en tenant aux notions classiques *du droit civil* refusent de valider la traite à l'égard des tiers même de bonne foi parce que le tiré n'a pas donné son consentement et que par conséquent aucune obligation n'a pu naître : toute la suite des endossements repose sur le néant; le tiers porteur conserve seulement un recours contre son endosseur, mais cette action n'est pas le recours du porteur non payé, « c'est l'action née du rapport juridique antérieur qui les liait et qui subsiste puisqu'il n'a pu s'incorporer dans un titre inexistant » (1). Ces solutions semblent s'imposer quand on ne les justifie qu'à l'aide de principes de droit civil; elles sont inacceptables, en pratique, quand on admet que le droit cambiaire vise, avant tout, à réaliser la sécurité

1. PICHON. *De l'opposition des exceptions au porteur d'un titre à ordre*, thèse Paris, 1904, p. 115.

des tiers porteurs et en raison quand on les compare à des solutions indiscutables, telles que l'inopposabilité de la compensation (1). Le besoin de sécurité qui a provoqué la règle coutumière de l'inopposabilité des exceptions n'a pu prévaloir contre le raisonnement logique, parce que celui-ci ne pouvait être écarté par un artifice qui aurait transformé les arguments de fait en arguments de droit; on ne peut découvrir une *faute* à la charge du prétendu tiré; la méthode ordinaire se révèle donc insuffisante.

Dans une autre série d'espèces, la difficulté se présente en des termes absolument identiques; l'artifice a pu intervenir, mais imparfaitement, parce que les tribunaux n'ont jamais pu se décider à une répartition *a priori* des *risques*, opérée une fois pour toutes.

Un chèque faux, dérobé dans un chéquier perdu ou volé est présenté à la banque dépositaire, revêtu de la signature fausse du titulaire du chéquier : le compte du pseudo-signataire est débité par la banque du montant du chèque; le débit est-il définitif, faut-il, au contraire, en rendre la banque responsable? Le recours contre le faussaire reste, en toutes hypothèses, inefficace en pratique et peut être négligé; il s'agit de savoir qui supportera la perte sèche qui résulte du paiement sur chèque faux : la banque qui s'est laissée tromper par les apparences, le titulaire du chéquier qui l'a perdu ou n'en a pas rendu le vol impossible (2).

1. PICHON, *eod. loc.*

2. Pour résoudre le problème il a été fait appel à l'article 145 (C. comm.). Applicable à la lettre de change seulement il a été sans difficulté étendu au chèque « l'article 145 conçu en termes généraux exonère de

A quelles conditions est réalisée l'apparence de régularité qui exonérera la banque?(1). La question a été assez souvent posée devant les tribunaux pour présenter, à côté d'un intérêt scientifique indiscutable, une importance pratique qui ne peut être mise en doute.

Les tribunaux n'ont pas pris nettement parti; ils se sont attachés à dégager quelles *devaient* être les obligations réciproques de la banque et du déposant porteur du chéquier, et à rechercher si l'un ou l'autre n'avait pas violé ses obligations; en d'autres termes, l'analyse se ramène à déterminer dans chaque espèce où est la *faute* la plus caractérisée. Nous n'étudierons pas une à une les innombrables décisions rapportées dans les Recueils : ce serait inutile et fastidieux d'autant plus qu'il nous faudrait « constater à la fois l'incertitude, l'incohérence des décisions rendues et l'absence de principes directeurs dans les considérants et les motifs de ces arrêts ou jugements. La plupart du temps ils ont déchargé le banquier de toute responsabilité en se basant sur la *faute* du tireur. Certains

tout risque le tiré qui paie l'effet échu. La perte ne peut être rejetée sur lui que si l'on prouve sa *faute*... » (A. CHÉRON, note au D. P. 1928.2.81, sous Besançon, 29 avril 1927). L'article 145 admet une présomption de *libération valable*? qu'est-ce à dire? une délibération exempte de faute de la part du tiré? Mais il ne faut pas oublier que le tiré est un dépositaire de fonds, tenu par suite à des obligations plus strictes de surveillance que le tiré, débiteur ordinaire. Comment apprécier sa *faute*? La présomption de libération de l'art. 145 disparaît derrière le problème essentiel : quand y a-t-il *faute*?

1. La question a été posée à peu près dans les mêmes termes par la Cour d'appel de Lyon (26 juillet 1926, D. H. 1926.474), « on ne peut demander au banquier d'examiner autre chose que les apparences du titre mais l'examen de ces apparences doit cependant être assez attentif pour prévenir les fraudes ».

arrêts ou jugements, cependant, ont estimé qu'une faute lourde avait été commise par le banquier dont il convenait de le déclarer responsable. Enfin quelques décisions ont cru devoir *doser la faute* de chacune des parties et ont partagé entre elles les responsabilités encourues » (1). Dans cet ensemble de décisions contradictoires sera-t-il possible de dégager les éléments « minimum » de l'Apparence? Nous prenons pour base les obligations de la banque de dépôts qui paie le chèque faux.

Lorsqu'un chèque est présenté à une banque, plusieurs vérifications *devraient* être faites sur le titre même; ici, comme dans d'autres hypothèses, mais peut-être plus qu'ailleurs, il y a une certaine différence entre ce que l'on *devrait faire* pour agir régulièrement et ce que l'on fait *en pratique*, parce qu'il n'est guère possible de procéder différemment.

Le chèque doit subir une vérification attentive quant à la régularité des mentions qu'il porte en application de la loi : montant et date en toutes lettres, acquit complet au verso (2), présentation dans les délais légaux; d'autre part, le chèque est revêtu d'autres mentions tel que le numéro d'ordre de sa série (3); il est bon de remarquer si ce numéro n'est pas *trop éloigné* de celui du dernier chèque tiré, car le voleur aurait pu s'emparer du dernier chèque de la série pour que le porteur du chéquier ne s'aperçût de

1. BOUTERON. *Le chèque. Théorie et pratique*, p. 460 et 461..., p. 473.

2. Paris, 29 janvier 1924, S. 1924.2.16, D. H. 1924.110.

3. Riom, 24 janvier 1924, S. 1925.2.21 : « Que le chèque litigieux portait le n° 392 venant par ordre numérique à la suite de chèques régulièrement encaissés ».

rien, immédiatement; il faut s'assurer encore que l'aspect du chèque est normal, c'est-à-dire qu'il ne porte pas de traces de lavages, de grattages (manifestés ordinairement par des bavures d'encre) (1). Il serait nécessaire de s'enquérir de l'identité du tiers porteur, savoir, par exemple, si le détenteur du titre est bien un préposé du tiers porteur, chargé de l'encaissement, mais cette précaution est superflue car la plupart du temps le faussaire se sera prémuni de ce côté (2). Enfin et c'est là qu'est le nœud du problème, toutes autres vérifications n'étant qu'accessoires, préliminaires, il faut que la signature du tireur et son cachet, s'il y a lieu, soient conformes aux modèles déposés à la banque (3).

En fait quelques-unes de ces précautions sont très simples comme celles qui consistent à comparer le numéro du chèque à payer et ceux des chèques déjà payés. Il en est d'autres aussi faciles, ce sont celles qui portent sur la matérialité du chèque : grattages, lavages et autres détériorations qui peuvent être aperçus par les moins avertis; quand la fausse signature est accompagnée de ces défauts, ceux-ci donnent ou doivent donner l'éveil à un employé attentif et la fausseté du chèque est facilement démontrée. Mais

1. Paris, 16 décembre 1925, D. H. 1926.89 : « Le chèque a une apparence suspecte, on voit très bien qu'il a été lavé; que le papier a par endroit perdu son aspect satiné; que l'écriture qui a été apposée a même légèrement dégorgé. »

2. Paris, 23 mars 1928, *Ann. Drt. comm.*, 1928, p. 63.

3. Paris, 1^{er} février 1923, S. 1923.2.57, note de M. PAUL ESMEIN, D. P. 1924.2.1, note de M. LACOUR; Paris, 29 janvier 1924; 16 décembre 1925, précités; Paris, 8 avril 1927, D. H. 1927.374; Besançon, 29 avril 1927, D. P. 1928.2.81, note de M. A. CHÉRON; Paris, 2 janvier 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.1.587; 23 mars 1928, précité.

quand le faussaire n'a eu besoin que de signer le chèque, le problème est singulièrement plus délicat, car il est établi que deux signatures émanées d'un même individu ne sauraient être rigoureusement semblables, superposables.

Qu'est-ce, dans ces conditions, qu'une signature fausse? C'est une pure question de fait dont l'appréciation est nécessairement laissée aux tribunaux. Mais d'une façon générale, il nous semble que la Jurisprudence devienne moins sévère à l'égard des banquiers. Il a été de tout temps admis que les banquiers ne pouvaient faire de leurs employés du service des chèques, des experts en écritures; ce ne serait d'ailleurs pas une garantie absolue car lesdits experts sont susceptibles de se tromper; l'affaire de la Bousinière en est un exemple. Pour se rendre compte de l'évolution de la jurisprudence, il suffit de comparer deux arrêts de la Cour d'Appel de Paris; l'un important, mais déjà ancien, (1) estime qu'il n'y a pas d'apparence tant que « les circonstances étaient de nature à attirer *l'attention la plus vigilante* des employés chargés du contrôle »; l'autre, l'un des derniers que nous connaissions, juge (2) que l'apparence est suffisante « toutes les fois qu'aucune négligence ou imprudence ne peut être à bon droit reprochée » (3). Nous n'ignorons pas que ces notions abstraites de prudence », de « négligence », ou « d'attention la plus

1. Paris, 4 juin 1897, D. P. 1897.2.263.

2. Paris, 2 janvier 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.1.587.

3. Cf. Paris, 29 janvier 1924, S. 1924.2.16, D. H. 1924.110. Cette décision, encore plus explicite, exigeait pour rejeter l'apparence « *des indices nettement révélateurs d'une fraude* commise par l'un des bénéficiaires successifs. »; Tr. comm. Seine, 7 juin 1927, D. P. 1928.2.81 (2^e espèce) « ... qu'une vérification *même attentive* de l'état matériel du chèque ne pouvait en faire apparaître ou soupçonner l'altération. »

vigilante », ne sont parfaitement pas pertinentes; l'on peut passer insensiblement de l'une à l'autre, et une même situation peut être diversement qualifiée, mais malgré cette incertitude il nous semble que l'apparence de régularité est plus facilement admise; en effet, l'arrêt du 2 janvier 1928 dont nous rapportons à l'instant un passage, appartient à un groupe de décisions récentes assez nombreuses qui s'attachent à mettre en relief la rapidité que nécessitent les opérations bancaires, et aussi le manque de moyens pour découvrir la fraude; « le caissier d'une banque chargé de payer l'effet tiré sur elle n'a pas à sa disposition les moyens matériels pratiques pour déceler la fraude aussi bien qu'a pu le faire une instruction judiciaire et dans le délai aussi bref qu'impose la rapidité exigée par les opérations de banque comme le paiement des chèques » (1).

C'est là, à n'en pas douter, la raison qui permet, la plupart du temps, à la banque de plaider sa non-responsabilité. Pris entre deux besoins parfois contradictoires, payer régulièrement et agir vite, il faut se décider et l'on paraît préférer la vitesse à la régularité, à condition que rapidité ne signifie pas négligence et laisser-aller. Mais, pour que cette jurisprudence prenne sa véritable signification, il est nécessaire de remarquer que la victime de l'Apparence c'est-à-dire le titulaire du compte est lui-même *en faute* (2). Par contre, quand il est établi (3) que

1. Paris, 29 janvier 1924, précité; Besançon, 29 avril 1927, précité.

2. Besançon, 29 avril 1927 « ...qu'au contraire la banque R. a elle-même commis l'imprudence de faire confiance à un client inconnu d'elle »; Tr. comm. Seine, 17 juin 1927, précité, « ...que les demandeurs ont commis une *imprudence grave* en créant longtemps avant l'échéance... un chèque ».

3. Nancy, 12 mai 1926, S. 1926.2.83, « ...que C. (le titulaire du ché-

le titulaire du chéquier n'a commis personnellement aucune faute, l'obligation de la banque se fait beaucoup plus lourde, son obligation de contrôle est beaucoup plus sévèrement appréciée.

Telle est la question et la solution semble bien indécise, car malgré les différentes formules générales il est difficile de prévoir la décision dans telle hypothèse que l'on imagine. Toute solution repose sur une appréciation de diligence, ou de faute; que décider si les deux parties sont également exemptes de faute? Hypothèse invraisemblable dira-t-on? C'est là une affirmation bien hasardée : supposons qu'un titulaire de chéquier ait placé celui-ci, dans un coffre-fort, avant de partir en voyage; le coffre-fort est fracturé et l'un des voleurs, après avoir *décalqué* sur un chèque une *signature véritable*, se présente, dès le lendemain à la banque, avant que le vol ait pu être annoncé au titulaire du compte. Le cas n'a rien que de très réalisable, la banque et le déposant sont absolument exemptes de faute. Que cette espèce se présente en pratique ou toute autre que l'on pourrait imaginer et la Jurisprudence se trouve dans une impasse. Partager le dommage par moitié est une solution trop facile qui ne résoud pas la difficulté. Qui doit supporter les *risques*? Est-ce le banquier tiré qui s'est laissé tromper par l'apparence? Est-ce le déposant, bien qu'il ait pris toutes les précautions raisonnablement exigibles? C'est l'éternel et insoluble

quier) n'a commis aucune faute personnelle... ». La banque n'avait pas procédé à une *comparaison attentive*; il faut remarquer que dans cette espèce le porteur du chèque était un préposé du prétendu tireur,

conflit, que M. Demogue a mis en lumière, entre la sécurité dynamique et la sécurité statique.

Nous avons indiqué le sens probable de l'évolution quand le titulaire du chéquier à lui-même commis une faute ou une imprudence même légère : c'est le développement de la notion d'Apparence; se poursuivra-t-il? c'est-à-dire le risque sera-t-il supporté par le titulaire du chéquier? Ne pourrait-on pas dire que, dans l'hypothèse par nous imaginée, le déposant est en *faute* de ne pas avoir remis à la banque, avant son départ, un chéquier qui ne lui servirait pas en voyage? Interprétation absurde des obligations du titulaire du chéquier? Non pas certes! N'y a-t-il pas d'ailleurs, des exemples, en jurisprudence, où la responsabilité s'alourdit sans cesse, où la preuve de l'absence de faute se fait toujours plus difficile, où pour tout dire les tribunaux appliquent, en fait, la théorie du risque? Pourquoi n'en serait-il pas de même dans l'hypothèse qui nous occupe? Cette solution aurait l'inconvénient de diminuer la circulation des moyens de paiement « amonétaires » déjà peu considérable en France. Il en résulterait une augmentation dans la circulation des billets de banque qui sans être dangereuse comme elle le fut, n'en est pas moins à éviter. Cependant, M. Bouteron n'hésite pas à faire supporter, en principe, par le prétendu tireur les conséquences du paiement sur chèque faux. « S'il s'agit du paiement indûment effectué d'un chèque volé il y a faute manifeste du tireur qui n'a point apporté à la conservation de ses formules tous les soins nécessaires... Il en est encore de même s'il s'agit d'un chèque régulier lors de l'émission mais falsifié depuis; ici, encore, on relève

une *faute* du titulaire du carnet de chèques. *C'est celui qui a créé le risque* qui doit être déclaré responsable, en principe, du mauvais paiement, si, bien entendu, le banquier n'a commis, de son côté, *aucune faute lourde* (1) ». Il ne nous paraît pas utile de discuter, au fond, l'attribution des risques telle qu'elle est faite par M. Bouteron, pas plus que de rechercher comment il passe de l'idée de *faute* à celle de *risque*, car, il serait nécessaire auparavant de préciser ce qu'est « la *faute lourde* du banquier ». *Faute lourde*, *faute légère*, autant de termes abstraits dont l'interprétation variable suffit à bouleverser tout un système. Cette *faute lourde* pourrait se manifester surtout dans la recherche des falsifications de signature; or, M. Bouteron lui-même quelques pages en deçà critiquant le système de la loi argentine écrit : « Qu'est-ce, par exemple, qu'une signature *visiblement* falsifiée? Qu'est-ce qu'une signature dont la falsification n'est pas *visiblement claire*? C'est toujours la célèbre difficulté de savoir quand il fait jour et quand il fait nuit » (2). Nous demandons : qu'est-ce qu'une *faute lourde*, qu'est-ce qu'une *faute légère* et M. Bouteron nous fournira notre conclusion sur ce point « ... on se trouve toujours à la discrétion des juges parce que la base de la responsabilité réside toujours dans la notion de *faute* et que cette notion de *faute* est essentiellement subjective, c'est-à-dire contingente et variable » (3).

Un système symétriquement inverse avait fait l'objet,

1. BOUTERON, *op. cit.*, p. 495.

2. BOUTERON, *op. cit.*, p. 489.

3. BOUTERON, *op. cit.*, p. 489.

en 1923, d'une proposition de loi ainsi libellée : « Dans les cas de chèques perdus ou volés, faux ou altérés les risques provenant du paiement sont à la charge du tiré nonobstant toute clause contraire, à moins qu'il ne démontre le dol ou la faute inexcusable du tireur ». Cette proposition, formulée à un moment où commençait déjà, en France une campagne officielle en faveur des règlements par chèques, visait à donner au déposant plus de sécurité. Cependant elle présentait le même point faible que le système de M. Bouteron, à un degré moindre toutefois : il est plus facile de caractériser une *faute inexcusable*, mais il y a encore une incertitude qui plane sur les diverses façons de comprendre ce terme; aucune sécurité ne peut en découler pour aucun des intéressés.

En définitive, seules les solutions extrêmes sont pratiques : à vouloir doser les responsabilités respectives des parties on revient toujours à la pratique incohérente de l'heure présente. Deux systèmes sont possibles :

1^o Ou toujours faire supporter les *risques* par le tireur prétendu sauf collusion frauduleuse de la banque avec le faussaire.

2^o Ou faire toujours supporter les *risques* par la banque tirée sauf collusion du titulaire du chéquier avec le tireur.

Juridiquement, les deux solutions ont une valeur très différente. La première, en effet, est très contestable car elle ne tient pas suffisamment compte des obligations du dépositaire; en acceptant le dépôt, il s'est engagé à veiller à ce qu'il ne soit pas dérobé; pratiquement cette solution est inacceptable pour les raisons *économiques* que nous

avons déjà indiquées; *de lege ferenda*, pour des raisons politiques complètement étrangères à cette étude elle n'a aucune chance de succès. Quant au second système, en pratique, il amènerait dans les banques de dépôts la création d'un fonds d'assurance alimenté sans doute par les capitaux obtenus par une diminution du taux de l'intérêt servi aux déposants; ceux-ci n'achèteraient pas à des conditions très onéreuses une sécurité complète; au point de vue juridique, ce système ferait disparaître un cas d'application de la notion d'Apparence. Pour être juste, il nous faut reconnaître que ce serait là un bienfait; car, dans cette hypothèse, l'Apparence faisait échec à une répartition des risques rationnellement opérée; celle-ci consiste, en effet, à faire supporter, par celui qui est, *a priori*, le plus apte pécuniairement, les suites d'une opération irrégulière dont personne n'est, à proprement parler, responsable.

§ 2. — *La Cause fausse.*

60. — « Dans la plupart des contrats le lien qui unit l'obligation et la cause est à la fois *invariable et indestructible*. Invariable, c'est-à-dire que pour un contrat donné, le but poursuivi par chaque contractant est toujours le même, quelle que soit la personnalité des contractants... Elle (la cause) apparaît à la seule inspection du contrat. On peut dire que ces conventions portent leur cause en elles-mêmes et la révèlent à tous les yeux (1) ». De même le caractère

1. CAPITANT. *De la Cause des Obligations*, p. 31 et 32.

immoral ou illicite de la cause apparaît parfois à la simple lecture de l'*instrumentum*, ou au moins l'attention d'un individu diligent peut être mise en éveil.

Mais il arrive que la mention de la cause soit tellement sommaire qu'il est impossible de discerner exactement l'opération qu'elle recouvre; c'était le cas des lettres de change et des billets à ordre avant la loi du 8 février 1922; d'après les articles 110 et 188 anciens du Code de commerce, l'*instrumentum* devait indiquer « la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte, ou de toute autre manière », la loi du 8 février 1922 a supprimé cette exigence; mais, en pratique, l'habitude s'est conservée dans une proportion considérable de *causer*, comme par le passé, les lettres de change et les billets à ordre; d'autre part, la loi de 1922 ne vise que les lettres de change et les billets à ordre; il ne semble pas qu'elle soit applicable aux autres titres à ordre, promesses civiles, ou commerciales, car la loi ne lie pas expressément la suppression de la cause sur l'*instrumentum* à la clause à ordre, le principe demeure, semble-t-il, l'article 1131 (C. civ.). Dans cette mesure, la Jurisprudence antérieure à 1922 conserve une valeur actuelle.

Quand la mention de la cause, bien qu'obligatoire, fait défaut aucun doute n'est possible, l'*instrumentum est nul*; tout au plus pourrait-il être converti par réduction en une promesse non causée (art. 1132. C. civ.).

Dans les titres à ordre, la cause ne révèle pas, en fait, son caractère illicite ou immoral. Mais ce qui est extrêmement fréquent c'est le travestissement de la cause; nous écartons l'hypothèse assez rare où la cause quia été travestie

est licite (1) : en ce cas, en effet, aucune exception ne peut être opposée au tiers porteur puisque les parties sont régulièrement obligées. Beaucoup plus fréquentes sont les espèces, où, sous une cause d'apparence licite, telle que « valeur fournie en marchandises », ou « valeur fournie en compte » les parties cachent une opération illicite : une dette de jeu (2) ou une promesse de continuer le concubinage (3).

Il ne peut y avoir aucun doute la fausse cause n'est certainement pas opposable aux tiers porteurs de bonne foi; quant à eux la cause licite indiquée est la cause véritable, ils ne peuvent être tenus de rechercher l'origine de l'effet et de contrôler la légalité ou la moralité de l'opération qui sert de base à la traite. Cette solution est acceptée par la Doctrine et par la Jurisprudence; mais bien souvent il en est ainsi pour cette raison qu'il est possible de concilier les principes du droit civil avec ceux du droit cambiaire; le signataire de l'effet est en *faute* d'avoir consenti à mettre en circulation un titre revêtu d'une fausse cause; à son égard, la sanction est la régularité de la traite; nous n'allons pas tarder à voir intervenir en d'autres circonstances le même artifice de raisonnement.

Depuis la loi du 8 février 1922, la mention de la cause n'est plus exigée sur les lettres de change ou les billets à ordre. Cette loi qui a fait de ces titres des actes abstraits, détachés de leur cause, n'a pas, en fait, apporté de très

1. Req., 16 décembre 1879, D. P. 1880.1.197; Paris, 23 mars 1892, D. P. 1892.2.240.

2. Paris, 29 septembre 1882, D. P. 1883.2.86, S. 1883.2.132.

3. Tr. comm. Rennes, 12 juillet 1912, *Gaz. Pal.*, 1912.2.317.

grandes modifications aux errements de la pratique antérieure.

§ 3. — *L'Objet de l'Obligation. Son paiement*

61. — L'objet de l'obligation ne concourt à la création d'une Apparence que dans les hypothèses de fausse traite, d'abus de blanc seing, ou de fausse mention de paiement, et encore n'intervient-il pas par sa nature mais plutôt par son montant ou par certaines de ses modalités; de plus, ces cas ne sont pas très fréquents en pratique.

I. — Le tiré a accepté une traite en blanc c'est-à-dire sans que le chiffre de la dette fût inscrit; l'opération qui est intervenue et qui sert de support à l'effet de commerce peut être régulière : c'est une vente de marchandises non encore individualisées. Le vendeur a un besoin urgent de crédit, l'acheteur accepte la traite avant que le montant de sa dette y soit inscrit, sa signature permettant au tireur d'accroître son crédit; la vente étant régularisée, le tireur met le titre en circulation après avoir inscrit dans le blanc un chiffre supérieur à celui de l'opération. « Le vice est certain, mais n'est pas apparent; on a l'impression que le titre doit produire tous les effets d'une lettre de change ordinaire (1). Il ne saurait faire de doute que le tiers porteur peut exiger du tiré le paiement de la somme figurant sur le titre. La solution est très facilement acceptée, car, fait-on remarquer, d'ordinaire, le tiré est tenu *ex delicto* : il a commis une faute grave en remet-

1. PICHON, *op. cit.*, p. 132.

tant au tireur une traite acceptée en blanc et par conséquent le meilleure sanction c'est de le forcer à exécuter son obligation apparente entre les mains du porteur de de bonne foi « On ne peut raisonnablement exiger de celui-ci qu'il aille trouver chaque signataire de l'effet pour lui demander s'il n'a pas été victime d'un abus de blanc-seing; quand aucune différence saillante ne se remarque dans les écritures figurées sur la lettre comment ses soupçons auraient-ils pu être éveillés? (1). » Pour la plupart des auteurs, ce n'est pas cette explication qui est déterminante, mais bien plutôt celle basée sur la faute du tiré; or ce raisonnement est complètement faux. Si, en effet « l'obligation du signataire était une obligation délictuelle et non cambiaire, il serait impossible logiquement de lui attribuer les effets particuliers aux obligations cambiaires (2) »; en effet, le porteur pouvant réclamer le paiement à n'importe lequel des endosseurs successifs ceux-ci seraient éventuellement exposés à supporter les conséquences d'un délit qu'ils n'ont pas commis (3). Par suite, l'inexactitude de cette explication est certaine, mais bien qu'inexacte elle est *utile*; si elle n'avait pas pu être proposée en ce cas avec quelque vraisemblance les principes ordinaires de la clause à ordre n'auraient pu intervenir par suite de la résistance opposée par les idées traditionnelles. Nous avons déjà rencontré une pareille opposition quand la signature de l'effet est fausse; l'hypothèse que nous allons étudier en est encore un autre exemple.

1. LESCOT, *op. cit.*, p. 288 et 289.

2. LACOUR et BOUTERON, t. II, n° 1298.

3. PICHON, *op. cit.*, p. 134.

62. II. — Le titre a été régulièrement signé; il n'y a pas eu abus de blanc-seing mais faux par falsification du montant de l'obligation. Pour le tiers porteur de bonne foi, la situation est rigoureusement identique à la précédente, à supposer que l'altération du titre soit invisible. Que décider? le tiré sera-t-il tenu de payer au tiers porteur une somme supérieure à celle qu'il avait acceptée! Ce serait la solution qu'imposerait le droit cambiaire; il serait aisé de justifier pareille décision en reprenant l'argumentation de M. Lescot (n° 61). Mais elle n'est pas jugée efficace, parce que la théorie si souple de la faute se trouve ici en défaut; or, les idées classiques du droit civil ne peuvent être éliminées que dans les cas où le tiré a commis une faute... « qu'il résulte, dit la Chambre civile, des constatations du jugement attaqué que la lettre de change dont B... frères étaient porteurs a été falsifiée par Ba... qui, après l'acceptation signée par D... sur un titre de 319 francs, a modifié le chiffre du *bon pour* et l'énoncé en lettres de la somme à payer pour les élever à 1319 francs... qu'en limitant dans les circonstances y relatées la condamnation portée contre D... à la somme de 319 francs le jugement attaqué n'a point violé les dispositions de loi invoquées au pourvoi, mais en a fait une saine application (1) » C'est la négation pure et simple de l'Apparence, parce qu'aucune faute n'était discernable dans la conduite du tiré; mais qu'une faute si minime soit-elle puisse être précisée et la sécurité des tiers est aussitôt assurée.

1. Civ., 17 décembre 1884, D. P. 1885.1.102; Paris, 15 mars 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.1.773.

63. III. — La mention portée sur un acte de vente d'immeubles rend inopposable à un sous-acquéreur l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix (1). Cette solution ne saurait soulever de difficulté : les parties à l'acte authentique mentionnant le paiement comptant du prix ont commis une *faute* qui les empêche de se prévaloir contre leurs créanciers de l'inexactitude de cette mention; les hypothèques consenties par l'acheteur sont valables, car la « convention ne porte pas en elle-même le principe de son anéantissement (2). » Ces considérations seraient également vraies pour la vente opérée par l'acheteur apparent.

Il en irait différemment si le paiement comptant n'était mentionné par aucune clause; en ce cas, il appartiendrait à un sous-acquéreur diligent de se renseigner sur le versement du prix, ne serait-ce que pour ne pas être exposé à l'action résolutoire. S'il ne se renseignait pas, son titre personnel ne pourrait constituer qu'un juste titre lui permettant d'invoquer la prescription par possession abrégée.

1. Douai, 10 mars 1849, D. P. 1849.2.146, S. 1849.2.374; Dijon, 31 juillet 1878, S. 1879.2.21.

2. Tr. civil de Charolles, 27 décembre 1877, confirmé par Dijon, 31 juillet 1878, précité.

CHAPITRE II

LE CONSENTEMENT APPARENT

64. — Étudier le consentement apparent au sujet de l'Élément matériel de l'Apparence pourrait constituer, semble-t-il, une erreur de méthode. Il n'en est rien. Il n'est pas, cependant, inutile de fournir de brèves explications.

L'Élément psychologique nécessaire à la création d'une Apparence consiste dans *la réaction intellectuelle d'un tiers* en présence d'une situation juridique contraire à la réalité (Cf. n° 34). L'opinion du tiers demeure essentiellement *abstraite*; elle doit être appréciée en dehors de l'acte juridique qu'elle a suscité, à l'aide de moyens qui demeurent étrangers à cet *instrumentum*. (Cf. deuxième partie).

Le consentement, dans la mesure où il participe à l'élaboration d'une situation apparente, ne peut pas être confondu avec l'Élément psychologique tel qu'il vient d'être caractérisé. Ce consentement émane, en effet, non pas d'un tiers, mais de celui ou de ceux qui sont responsables de la situation apparente. La volonté, de plus, ne peut jouer un rôle en cette matière qu'autant qu'elle est concrétisée par un *instrumentum*.

La divergence qui existe entre la volonté exprimée et la volonté vraie ou valable est l'origine de l'Apparence.

Il y a situation apparente parce que cette divergence existe. Mais, elle demeure, par hypothèse, ignorée des tiers. A proprement parler, par suite, le consentement, pure opération psychologique n'intervient pas. Seule la manifestation matérielle de la volonté joue un rôle.

Il nous reste à préciser en quelles circonstances le caractère irrégulier de la volonté exprimée provoque une situation apparente et quels sont les éléments qui doivent être réunis.

SECTION I

Les Vices du Consentement.

§ I. — *Les Vices du Consentement dans les Obligations du droit commun.*

65. — Ils ne peuvent contribuer à la création d'une situation apparente que dans des circonstances exceptionnelles. Il est nécessaire, en effet, que la victime, qui, dans le premier contrat, a joué le rôle d'*acheteur* ait vendu l'objet de ce contrat. (Cf. nos 15 et 20, note 1).

Le seul énoncé de l'hypothèse nous permet, dès maintenant, d'éliminer l'un des vices du consentement : *la lésion*. Elle ne peut *jamais*, en matière d'Apparence, être rapprochée de l'erreur, de la violence ou du dol. La lésion, en effet, ne peut être invoquée que par le *vendeur d'immeuble* (art. 1674, C. civ.). A supposer que l'acheteur ait été frustré de plus des sept douzièmes, sans que sa volonté ait été autrement viciée, *sa situation ne serait pas apparente*. Il ne disposerait d'aucune voie de droit pour faire annuler son titre de propriété. Il serait *propriétaire véri-*

table et le droit qu'il transmettrait ne présenterait aucune particularité.

Pour qu'un vice du consentement crée une situation apparente trois conditions sont nécessairement réunies :

1^o) le vice doit être suffisamment caractérisé pour entraîner la nullité du contrat qui constitue le titre du propriétaire apparent;

2^o) la découverte de l'erreur ou du dol, la cessation de la violence doivent être *postérieures* à la conclusion du second contrat. S'il n'en était pas ainsi, la seconde opération serait la confirmation de la première (1); la victime, ayant ratifié l'acte annulable, l'aurait rendu inattaquable et serait devenue par là même *titulaire véritable* du droit transmis;

3^o) le demandeur en nullité et le sous-acquéreur doivent avoir des *intérêts opposés*. Aucune question ne saurait, en effet, se poser si le sous-acquéreur trouvait lui-même un avantage personnel à ce que son droit soit annulé. En ce cas, il ne songerait pas à invoquer l'Apparence et laisserait l'instance suivre son cours normal.

66. — I. *L'Erreur*. — Ce vice du consentement peut-il provoquer une situation apparente? Avant de déterminer quels seront les caractères qu'il présentera, il est nécessaire de savoir si l'opposition des intérêts est toujours réalisée.

Après une analyse attentive, il est possible de préciser qu'*en fait* le sous-acquéreur aura souvent intérêt à ce que

1. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. III, n^o 1981; BUFNOIR. *Propriété et Contrat*, 2^e éd. (BARTIN), Paris, 1924, p. 702 et s.

l'action en nullité soit intentée parce qu'il aura souvent commis *la même erreur* que son auteur. Il en sera ainsi chaque fois que l'erreur aura porté sur une qualité matérielle de la chose et que la demande en nullité prendra la forme d'une action, *en garantie des vices cachés*. Toute chose présente, en effet, une utilité identique pour tout acheteur quel qu'il soit. Si un vice la rend impropre à un service déterminé, il est permis de supposer que l'acheteur et le sous-acquéreur agiront l'un et l'autre en garantie. A cause de cette similitude d'intérêt, la notion d'Apparence n'aura pas à intervenir.

Quand l'erreur a porté sur une qualité immatérielle de la chose, telle l'authenticité, la situation est plus complexe. Voici un exemple : la date de construction d'un château mentionnée aux contrats est fausse ; bien que bâti dans le style d'une époque déterminée, il lui est de beaucoup postérieur. Le premier acheteur en cause et le sous-acquéreur ont-ils eu exclusivement en vue, l'un et l'autre, le caractère authentique de l'immeuble ? En ce cas, leur intérêt sera encore semblable et il ne saurait être question d'apparence. Mais le sous-acquéreur, a-t-il apprécié, au contraire, non pas l'authenticité, mais le site ou toute autre qualité, il ne s'estime victime d'aucune erreur et par conséquent s'oppose à toute annulation de son droit. En cette hypothèse, il y aura divergence entre les volontés et entre les intérêts. La théorie de l'Apparence s'appliquera.

Ces solutions étant considérées comme acquises, quelle est, en matière d'Apparence, la conception de l'erreur ? Si l'on s'en tenait à la notion *objective* de l'erreur telle que

l'ont formulée Aubry et Rau, ce vice du consentement ne pourrait jamais créer une situation apparente. La substance de la chose est en effet d'après ces auteurs (1), l'ensemble des qualités « dont la réunion détermine sa nature spécifique et la distingue, d'après les notions communes, des choses de toute autre espèce ». Or, l'accord est général sur les qualités essentielles d'une chose, l'opposition des intérêts ne pourrait pas être réalisée. Seule, la notion *subjective* de l'erreur permettra à l'Apparence d'intervenir « La substance de la chose ce ne sera plus un ensemble d'éléments stables, toujours les mêmes, quels que soient les contractants. Ce seront, au contraire, des éléments variables avec chaque individu » (2).

La théorie subjective de l'erreur ne s'applique pas seulement à la substance de la chose. Elle permet de prendre en considération tous autres éléments déterminants de la volonté; ceux-ci sont essentiellement variables avec les individus et il est aisé de prévoir que, le cas échéant, il pourra s'élever un conflit entre le premier acheteur et le sous-acquéreur. Celui-ci aura alors lieu d'invoquer la situation apparente qui résultait de la déclaration de volonté régulière extérieurement que son auteur avait précédemment émise en achetant la chose litigieuse.

67. — En ce qui concerne les deux autres vices du consentement la violence et le dol, l'opposition d'intérêt entre le demandeur en nullité et le sous-acquéreur est

1. AUBRY et RAU, t. IV, § 343 *bis*, p. 490, 5^e éd.; HUC, t. VII, n° 22.

2. COLIN et CAPITANT, t. II, p. 281, 4^e éd.; dans le même sens : JOSSERAND. *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928, n° 62, p. 78; RIPERT. *La Règle morale dans les Obligations civiles*, Paris, 1925, nos 42 et s., p. 75 et s.

évidente puisque, par hypothèse, le sous-acquéreur n'a pas été lui-même l'objet de violence ou de manœuvres dolosives.

Il sera, par suite, possible qu'il se présente, en ces cas, des situations apparentes. Seuls importent donc les éléments que doivent réunir la violence et le dol. Il n'est, d'ailleurs, pas utile de s'attarder très longtemps à l'étude des éléments constitutifs de ces deux vices du consentement. Ils ne soulèvent, en effet, aucune difficulté spéciale et conservent, en ces hypothèses, leurs caractères ordinaire.

68. — II. *La Violence.* — On entend par violence tout mal, quel qu'il soit, susceptible de contraindre un individu à conclure un accord défavorable à ses intérêts. D'après l'article (1112 al. 1^{er} (C. civ.) le mal doit être considérable et présent. La doctrine est cependant unanime à admettre que ce n'est point le mal qui doit être présent mais la crainte du mal. « Il faut même reconnaître que le mal doit être futur » (1). Quant au caractère considérable du mal il pourrait être apprécié selon deux critères; on pourrait, en effet, avoir du mal une conception objective, déterminer un certain nombre de cas où la violence serait considérée comme suffisante pour vicier le consentement. Mais cette manière de voir n'a pas prévalu au XIX^e siècle. L'appréciation de la violence d'après un critère subjectif, a donné un rôle de premier plan à la personne victime de la violence. Cette interprétation pouvait d'ailleurs s'ap-

1. BRETON. *La Notion de violence en tant que vice du consentement*, thèse Caen, 1925, p. 92 et les références citées; JOSSERAND, *op. cit.*, n^{os} 76 et s.

puyer sur l'article 1112 al. 2 (C. civ.) d'après lequel « on a égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». La notion de violence devient par suite assez fuyante et il est difficile d'en préciser à coup sûr les éléments. Un point, toutefois, est acquis : la violence est prise en considération qu'elle soit exercée contre le contractant ou contre des membres de sa famille (art. 1113). Faut-il interpréter ce texte restrictivement et ne tenir compte que de la violence dont l'une des personnes qui y sont indiquées serait l'objet? Faut-il, au contraire, considérer l'énumération du Code comme simplement énonciative? La doctrine a été longtemps très divisée sur ce point, mais il semble que cette dernière conception doive l'emporter⁽¹⁾; elle s'adapte mieux, en effet, à la théorie subjective de la violence, mais elle a le tort de rendre à peu près inutile l'article 1113 (C. civ.). Cette conséquence est toutefois moins regrettable que les solutions provoquées par l'application de la théorie objective.

La violence, enfin, doit répondre à une autre condition pour provoquer l'annulation d'un acte juridique, et partant pour être éventuellement à la base d'une situation apparente : la violence doit être *immorale*. Aucune difficulté ne se présente quand l'acte dont résulte la violence constitue l'exercice *non abusif* d'un droit. Dans tous les autres cas, sauf exception difficilement réalisable, la violence pourra être immorale. Il s'agit là, d'ailleurs, d'une simple question de fait, l'immoralité étant laissée à l'appréciation des tribunaux.

1. BRETON, *op. cit.*, p. 102 et s., et les références; RIPERT, *op. cit.*, n° 45.

69. — III. *Le Dol*. — Le dol est une notion quelque peu confuse dont il est difficile de préciser les contours; l'appréciation des faits dans chaque espèce joue, en effet, un rôle essentiel. « Dans la conclusion des actes juridiques le dol consiste dans le fait d'induire autrui volontairement en erreur par ses agissements, dans l'intention d'obtenir par surprise son consentement à un engagement ou à une renonciation » (1). Mais ces agissements qui constituent une manœuvre dolosive sont extrêmement divers et se présentent sous des aspects multiples. « Ils vont de l'escroquerie criminelle à la simple allégation mensongère » (2). L'auteur du dol, en toutes ces hypothèses, joue un rôle actif, il *affirme* que telle qualité ou telle situation existe; il peut, en certains cas, pour tromper le contractant, passer sous silence un fait que l'autre partie peut considérer comme très important. La *réticence* est certainement un cas de dol. Cette forme de dol n'est jusqu'ici retenue qu'en matière d'assurances maritimes. (Cf. p. 184, note 2). Il ne semble pas que la réticence soit susceptible de créer, en d'autres hypothèses, une situation apparente.

Quant au dol proprement dit, il est laissé à l'appréciation des juges du fait, qui tiennent compte de la situation respective des personnes en cause. Le dol est, ainsi que l'erreur ou la violence, considéré comme une notion essentiellement subjective; il est, par suite, malaisé d'en fournir une définition précise.

En ce qui concerne spécialement la théorie de l'Appa-

1. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN. *Les Obligations*, t. I^{er}, n^o 199.

2. RIPERT, *op. cit.*, n^o 47.

rence quelques observations sont encore nécessaires : le dol *incident* c'est-à-dire celui qui a conduit la victime à accepter des conditions peu favorables (art. 1117) et le dol commis par un individu qui n'était pas partie au contrat ne créent pas de situations apparentes. La victime ne peut, en effet, demander que des dommages-intérêts; mais elle ne peut obtenir l'annulation de son contrat (art. 1116 et 1117 C. civ.). Il s'ensuit que sa situation juridique est à l'abri de toute atteinte; elle est, par conséquent non pas apparente, mais véritable et le sous-acquéreur est l'ayant cause d'un propriétaire dont le titre est d'une solidité indiscutable.

Tous ces développements consacrés au rôle des vices du consentement dans la création d'une situation apparente ne s'appuyent à notre connaissance sur aucune jurisprudence; la doctrine s'est d'ailleurs fort peu occupée de la question. Il nous a semblé, cependant, qu'il n'était pas inutile de déterminer *in abstracto* comment se poserait le problème et à quelles conditions l'Apparence pourrait être invoquée.

Si une espèce provoquait dans la pratique une difficulté de cet ordre, il est vraisemblable que le demandeur en nullité aurait été victime de manœuvres dolosives. C'est le cas qui semble le plus plausible et le plus facilement réalisable, mais il s'agit là d'une simple impression que les faits pourraient démentir.

§ II. — *Les Vices du Consentement dans les Titres à ordre.*

70. — En étudiant l'influence de la forme de l'acte sur l'Apparence, nous avons signalé que, lorsqu'une signature

a été faussement apposée sur un titre à ordre, le pseudo-signataire ne peut être toujours tenu à l'égard des tiers même de bonne foi (n° 57 et s.).

Les vices de la volonté sont-ils des exceptions opposables? Un point est certain sur lequel nous n'insisterons pas : le droit commun est toujours applicable *inter partes*, c'est-à-dire que le tiré peut opposer tous les vices de la volonté au tireur; entre eux toutes les exceptions nées du contrat demeurent opposables; de même entre un endosseur et son endossataire.

Mais en est-il de même à l'égard des tiers? La règle de l'inopposabilité peut-elle être prise en considération? Nous sommes en présence d'une question qui, pour être résolue, devrait être nettement détachée des principes du droit commun. Celui-ci est basé sur une idée absolument étrangère au crédit : il défend la volonté véritable, quelles que soient les conséquences qui en résultent. Le droit cambiaire au contraire, et plus spécialement la règle coutumière de l'inopposabilité des exceptions, a pour but d'éliminer autant que possible les causes de nullité qui ne peuvent être discernées à la lecture du titre créateur du droit; par suite, il semblerait que, dans un titre à ordre, les vices de la volonté fussent des exceptions inopposables.

Les difficultés viennent, précisément, de ce que la discrimination n'a pas été faite d'une façon assez ferme entre les principes du droit civil et ceux du droit cambiaire. « Quand on répond par les principes du droit civil on ne fait guère que résoudre la question par la question même, puisque cette question est précisément

de savoir si ces principes ne doivent pas être écartés (1).

En premier lieu, nous éliminons le dol; par suite de l'idée traditionnelle venue du droit romain, la Jurisprudence considère qu'en cette matière le dol est une exception *personnelle* (*in personam*) qui ne peut être opposée qu'à l'auteur du dol; par conséquent, quand le tiers porteur n'est pas l'auteur du dol l'exception ne lui est pas opposable (2). Sur ce terrain, le dol ne présente aucune particularité; il est constitué exactement par les mêmes manœuvres qu'en droit commun.

Pour ce qui est des deux autres vices de la volonté — la violence et l'erreur — les principes traditionnels du droit civil n'ont pas cédé devant la règle de l'inopposabilité des exceptions.

La Doctrine fait valoir, le plus ordinairement, que la violence agit *in rem* et que, par conséquent, l'engagement pris par la victime de la violence ne peut pas être valable à l'égard des tiers de bonne foi.

MM. Lacour et Bouteron proposent, à ce sujet, une

1. PICHON. *De l'Inopposabilité des Exceptions au porteur d'un titre à ordre*, thèse Paris, 1904, p. 121 et 122.

2. LACOUR et BOUTERON, n° 1296; LYON-CAEN et RENAULT. *Traité*, t. IV, n° 130 *bis*; THALLER et PERCEROU, n° 1473; — Civ. 25 mai 1894, D. P. 1894.1.447; — Amiens, 7 février 1894, D. P. 1895.2.437. — La *réticence* ou silence volontaire est en matière d'assurance maritime une cause de nullité du contrat (art. 348 C. comm.). Quand la police est à ordre la nullité est-elle opposable au porteur de bonne foi? Si oui, la réticence ne provoque donc pas une situation apparente. Au fond, la question se ramène à celle-ci : d'une façon générale, la règle de l'inopposabilité des exceptions est-elle applicable aux polices d'assurances maritimes à ordre? La Jurisprudence s'est toujours prononcée pour la négative, (Req., 31 juillet 1893, D. P. 1895. 1. 137, Paris, 3 février 1891. S. 1894. 2. 301) et la doctrine est des plus divisée. Il appert donc qu'à l'heure actuelle aucune situation apparente ne peut résulter d'une réticence.

distinction qui aboutirait, sans doute, à éliminer, en pratique, la plupart des difficultés : les effets *in rem* de la violence seraient limités aux cas « où le signataire aurait été l'objet d'une contrainte physique, car la volonté de s'engager ferait totalement défaut. Mais lorsque la volonté a été seulement viciée par la crainte telle qu'elle est définie par l'article 1112 (C. civ.) il ne semble pas rationnel de traiter l'exception de violence autrement que l'exception de dol (1) ».

Au point de vue de la théorie de l'Apparence quel est l'intérêt de cette distinction?

Tout en reconnaissant qu'en pratique elle permet dans la plupart des cas de rendre inopposable le vice de violence, nous n'apercevons pas les raisons qui pourraient l'expliquer tant en logique qu'en fait. Quelle que soit, en effet, l'origine de la violence, qu'elle soit physique ou intellectuelle, le résultat est toujours le même : le *consentement fait défaut*. La question de principe reste identique : ne devrait-on pas préférer au tiré, victime d'une violence quelconque, le tiers porteur de bonne foi qui a cru *valable un titre extérieurement régulier*?

En tous cas, l'Apparence se présente avec la même intensité; par suite, du point de vue du tiers porteur, logiquement la question doit recevoir en tous cas la même solution : l'inopposabilité de l'exception de violence.

C'est encore exactement dans les mêmes termes que se pose la question de l'inopposabilité de l'exception *d'erreur substantielle*.

1. LACOUR et BOUTERON, n° 1296 a.

Qu'est-ce, tout d'abord qu'une erreur substantielle en matière de titres à ordre? L'erreur que commet le tiré sur la solvabilité du tireur, est-elle substantielle au sens que l'on attache ordinairement à ce mot? L'article 121 al. 2 (C. comm.) dispose que « l'accepteur n'est pas restituable contre son acceptation quand même le tireur aurait failli à son insu avant qu'il eût accepté ». Il nous semble que cet article règle la question entre le tireur et le tiré, mais qu'elle reste entière à l'égard des tiers; d'un autre côté, si le tireur n'est pas restituable c'est qu'il a été obligé de payer; il en résulterait que l'exception basée sur l'erreur est inopposable. Il n'empêche que les deux espèces d'arguments se heurtent comme pour les autres vices de la volonté; ce sont d'ailleurs les principes du droit civil qui l'emportent : c'est ainsi que la Chambre des Requêtes a préféré au porteur de bonne foi un donneur d'aval qui s'était trompé sur la personne du bénéficiaire. L'affaire se présentait dans les circonstances suivantes : le billet à ordre avait été signé en blanc par le souscripteur; il fut par la suite, après l'aval, l'objet d'un faux et d'un abus de blanc-seing. Le nom du souscripteur fut changé et un autre bénéficiaire fut substitué à celui qui avait primitivement été désigné. La Chambre des Requêtes jugea que le donneur d'aval n'était pas tenu à l'égard des tiers même de bonne foi. Cette solution est conforme aux principes du droit civil : le donneur d'aval ne pouvait être tenu que dans les termes de son engagement, mais elle est contraire aux principes les plus certains du droit cam-

1. Req., 20 mars 1882, D. P. 1882.1.244.

biaire, car le tiers porteur pouvait s'en tenir valablement à la signature de la caution, puisque l'aspect du titre ne révélait pas le faux.

Ces solutions sont d'autant plus difficiles à expliquer que sur d'autres points les dérogations au droit commun sont facilement admises et prennent pour base les motifs qui ont servi de fondement à la coutume de l'inopposabilité des exceptions. Il s'agit heureusement de questions se présentant rarement; les dangers de ces solutions apparaissent moindres qu'en d'autres cas plus fréquents où la règle coutumière est de même écartée.

SECTION II

La Fraude paulienne.

71. — Les créanciers peuvent demander l'annulation des actes passés par leur débiteur en fraude de leurs droits. L'article 1167 (C. civ.) consacre formellement cette solution. La Jurisprudence, d'autre part, a décidé que cette annulation ne pouvait être opposée à des tiers acquéreurs ou sous-acquéreurs de bonne foi; il y a donc là consécration d'une situation apparente prenant sa source dans la fraude.

Qu'est-ce que la fraude? Aucun texte n'a apporté de définition; l'article 1167 qui établit en droit moderne l'action paulienne ne fournit aucune précision; les tribunaux ont été par suite obligés de dégager la notion de fraude. Ont-ils parfaitement réussi, nous ne le pensons pas, car la Jurisprudence hésite entre plusieurs concep-

tions de la fraude paulienne. Nous nous hâtons d'ajouter qu'il n'existe pas entre celles-ci de différences fondamentales, mais bien plutôt de simples nuances parfois infimes. Il semble même qu'elles sont, dans une certaine mesure, complémentaires les unes des autres.

M. Grouber, après avoir étudié les systèmes, les avait rejetés, et était arrivé à cette définition : « un acte est frauduleux lorsque, à raison de la connaissance qu'avait le débiteur, au moment de la passation de cet acte, de son état de fortune l'acte en question apparaît comme immoral » (1). Qu'ajoute cette appréciation éthique à la notion strictement juridique? Peu de choses, nous semble-t-il; car elle est incluse dans toute la notion de fraude quelque définition que l'on en donne. La fraude-connaissance, la fraude-malveillance, la fraude-volonté impliquent les unes comme les autres une intention immorale; ce caractère commun ne peut servir à préciser spécialement une conception; M. Grouber revient par un détour à l'un des systèmes qu'il avait condamnés.

« La fraude paulienne est simplement un *état d'esprit* » (2). Celui-ci ne peut devenir efficace que s'il se concrétise dans un acte juridique, ordinairement une aliénation; encore faut-il observer qu'il ne se manifeste pas directement par le libellé de l'acte, car alors il ne pourrait y avoir situation apparente. La volonté est formulée dans des conditions normales, son caractère frauduleux n'apparaît que dans les mobiles qui l'ont suscitée. Dans la plupart des cas, les

1. GROUBER. *L'Action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris, 1913, p. 110.

2. COLIN et CAPITANT, t. II, p. 52, 4^e éd.

mobiles n'ont aucune importance juridique; lorsqu'ils sont constitués par une pensée de fraude à l'égard des créanciers, ils se heurtent à cette idée imposée par la loi que sous certaines conditions un débiteur doit consacrer son patrimoine au paiement de ses dettes. L'inobservation de cette règle provoque une situation apparente.

En quoi consiste cet « état d'esprit » qui est à la base de toute fraude?

En général, « la fraude, au point de vue de l'article 1167, (C. civ.) consiste dans la connaissance qu'avait le débiteur de la dette dont il est tenu et dans le fait qu'il a passé un acte par lequel il se rend insolvable » (1). Cette conception très simple de la fraude est admise par une doctrine considérable (2); elle présente l'avantage d'être très simple, de ne soulever que de minimes difficultés de preuve; en effet, il est inadmissible qu'une personne ignore l'état de ses affaires au point de ne pas savoir que l'acte crée ou augmente son insolvabilité.

Ce système n'a pas été universellement admis; il en est un autre qui a eu, en Jurisprudence, un succès égal au précédent. La fraude consisterait à agir, en vue de nuire aux intérêts des créanciers, la seule connaissance de l'insolvabilité n'est pas suffisante (3). « Acte fait *dans le but, dans le dessein, dans la pensée, en vue de* soustraire les biens

1. Civ., 18 décembre 1893, D. P. 1894.1.263; dans le même sens, Req., 25 juin 1895, D. P. 1895.1.486, S. 1899.1.491; Civ., 30 janvier 1900, D. P. 1900.1.166, S. 1900.1.344; Civ., 13 novembre 1929, D. P. 1929.1.131.

2. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. 1^{er}, n° 657; COLIN et CAPITANT, *loc. cit.*; JOSSERAND, *op. cit.*, n° 191; PLANIOL et RIPERT, 9^e éd., n° 312; RIPERT, *op. cit.*, n° 169.

3. Req., 27 novembre 1900, S. 1901.1.119; Civ., 29 juillet 1902, D. P.

aliénés à l'action des créanciers ». (1) Nous avouons ne pas nous rendre exactement compte de la différence qui existerait entre les deux systèmes. En effet, il nous semble que le système de la connaissance contient implicitement celui de l'intention de nuire. Quel peut donc être le but que poursuit un débiteur qui connaît son insolvabilité en passant un acte qui l'aggrave, sinon de porter préjudice à ses créanciers? En raison tout comme en fait, il est inadmissible que la connaissance de l'insolvabilité et l'intention de nuire soient séparées. Pour aller au fond des choses, ce que l'on présente comme un second système n'est qu'une façon plus complète et plus explicite de présenter le premier.

Que cet « état d'esprit » soit une source d'Apparence, c'est ce que l'on conçoit sans peine; pour le déceler il faudrait être au courant des affaires du *fraudator* ou avoir été renseigné par lui. Cette solution est d'ailleurs, chose exceptionnelle dans la théorie de l'Apparence, une solution traditionnelle déjà consacrée par les textes romains (2).

SECTION III

La Simulation.

72.— Les hypothèses où une opération simulée se présente sont, en pratique, extrêmement nombreuses. Elles se caractérisent toujours par la contradiction qui existe

1903.1.383; Req., 30 mai 1905, D. P. 1905.1.408; Req., 17 mars 1909, D. P. 1909.1.341, S. 1909.1.356; Req., 9 mai 1910, D. P. 1910.1.462.

1. GROUBER, *op. cit.*, p. 114.

2. PAUL, D. XLII, 8, 9.

entre deux situations juridiques : la situation visible qui ne correspond pas à la volonté véritable des parties, la situation occulte, qui seule, a été réellement voulue (1).

La simulation peut porter sur les différents éléments de l'acte juridique. « Elle consiste, en effet, de la part de son auteur ou de ses auteurs à donner le change, au public sur la réalité, la nature des participants, le bénéficiaire ou les modalités de l'opération intervenue (2). »

Il semblerait que la simulation dut être *toujours* une source d'Apparence. Il n'en est cependant rien. Nous en ferons facilement la preuve en précisant les circonstances qui doivent être réunies pour que l'Apparence soit créée par la simulation.

§ 1^{er}. — *La Simulation dans les Obligations du droit commun.*

73. — De nombreuses distinctions ont été proposées pour bien marquer les différences entre les procédés multiples de simulation. C'est ainsi que l'on a opposé la simulation absolue à la simulation relative; la simulation bien-faisante ou simplificatrice à la simulation frauduleuse (3).

Ces catégories sont fort intéressantes; mais pour déterminer le rôle joué par la simulation dans la théorie de l'Apparence nous sommes amené à nous placer à un point de vue un peu spécial et restreint. Quelle est la catégorie

1. BARTIN. *Théorie des contre-lettres*, thèse Paris, 1886, p. 106 et s.

2. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 192.

3. JOSSERAND, *op. cit.*, n°s 197 et s.; PIC, *note* au D. P. 1929.1 25, sous Civ., 11 avril 1927.

de simulation qui, *en privant l'acte apparent de toute valeur juridique*, permet, cependant, aux tiers qui se laissent induire en erreur, d'obtenir des droits instantanément consolidés? (Cf. n° 3).

74.— Nous retenons, tout d'abord le cas le plus simple où seule la qualification de l'acte est simulée. Les parties ont entendu procéder à une donation, mais pour des raisons à déterminer, elles ont préféré déclarer faire une vente.

La dualité de situations ne fait pas de doute : l'acte ostensible est une vente, l'acte secret est une donation; la jonction entre les deux situations est formée par une contre-lettre qui décharge l'acheteur-donataire de tout paiement, ou par la quittance que délivre le vendeur-donateur sans qu'il y ait un versement effectif. Cette simulation provoque-t-elle *nécessairement* une situation apparente? Il est indispensable pour répondre à cette question de distinguer selon le but que poursuivaient les parties. Par hypothèse, les auteurs de la simulation, en changeant la qualification de l'acte, n'avaient pas en vue de faire fraude à la loi. Ils visaient seulement à constituer une dispense occulte de rapport pour ne pas susciter la jalousie des cohéritiers. Les deux contrats étaient, par conséquent, aussi réguliers l'un que l'autre. Il s'ensuit que le transfert de propriété, réalisé par la vente ou par la donation, était également définitif, aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers, quels qu'ils fussent. Peu importe aux tiers à quel titre leur auteur a acquis puisqu'ils se trouvent, de toutes façons, en présence *d'une situation incommutable*. Il y a bien simulation en cette hypothèse;

mais elle n'entraîne pas, à l'égard des tiers de situation apparente, puisque l'acte juridique qui fixe la qualité de leur auteur est entièrement régulier.

En dissimulant la donation sous la forme d'une vente, les parties avaient, au contraire, voulu enfreindre les règles de la réserve héréditaire. La fraude à la loi était nettement établie.

La donation excessive est réductible dans les rapports entre héritiers; les tiers acquéreurs peuvent supporter les conséquences de la réduction dans des conditions précisées par l'article 930 (C. civ.). Mais quelle est leur situation quand la donation excessive se présente sous l'aspect d'une vente régulière? L'héritier favorisé demeure exposé à l'action en réduction. S'il est insolvable, les héritiers dépouillés par la donation simulée en vente peuvent-ils exercer contre les tiers acquéreurs de bonne foi cette même action en réduction?

Qu'il y ait, en cette hypothèse, situation apparente, c'est ce qu'il est impossible de nier. Le tiers acquéreur qui n'a connu que l'acte apparent, *la vente*, ne peut soupçonner quelle est sa qualification véritable; de plus, il y a opposition entre la situation régulière mais occulte, et la situation apparente mais irrégulière.

Les principes de la simulation conduisent à conclure que cette situation apparente est entièrement valable à l'égard des tiers et que ceux-ci ne peuvent subir les effets de l'action en réduction. Mais les principes de la réserve héréditaire ne rendent-ils pas cette conclusion caduque? Ne faut-il pas préférer les intérêts permanents de la famille à ceux des tiers acquéreurs même de bonne foi? Quelques

auteurs (1) et la Jurisprudence (2) ont admis cette opinion. Elle semble, toutefois, partiellement contestable.

Le donateur en attribuant à l'opération une qualification inexacte a en effet commis *une faute* : l'obligation de réparer celle-ci le rend irrecevable à prouver la simulation. Or, les héritiers du donateur, ne sont pas des tiers, au point de vue de la simulation à condition d'avoir accepté purement et simplement. Ils trouvent au passif du patrimoine héréditaire l'obligation de réparer la faute et ils ne peuvent, par conséquent, invoquer la contre-lettre *contre* les tiers acquéreurs (art. 1321. C. civ.). La situation serait toute différente si les héritiers lésés, acceptaient sous bénéfice d'inventaire; par rapport à la succession ils seraient des tiers, ils auraient donc le droit de réclamer le rétablissement de la situation véritable (3). Il a été admis, cependant, tout récemment que l'action en déclaration de simulation ne pouvait pas avoir de conséquence contre les tiers acquéreurs de bonne foi (4). L'apparence pourrait-elle triompher dans l'hypothèse présente, malgré les règles de la réserve héréditaire? Nous posons la question, n'ignorant pas quelle sera, sans doute, résolue par la négative à l'heure actuelle. Mais ce que nous croyons avoir établi c'est qu'en ce cas, il y a bien une situation apparente, répondant aux caractéristiques générales que nous avons proposées (Cf. n° 3). Le cas échéant sera-t-elle efficace?

1. BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, t. I^{er}, n° 1031; BARTIN, *op. cit.*, p. 256.

2. Bordeaux, 29 décembre 1887, D. P. 1889 2.225; pourvoi rejeté par Civ., 29 octobre 1890, D. P. 1891.1.76.

3. En ce sens, AUBRY et RAU, t. XI, § 685 *ter*, p. 91, note 3, et p. 93; LAURENT, t. XII, n° 205.

4. Nîmes, 16 mai 1927, D. P. 1929.2.68.

75. — Supposons que le procédé employé pour créer une situation simulée soit celui connu sous le terme d'*interposition de personnes*. L'acte juridique passé au nom de tel bénéficiaire désigné dans l'acte ostensible doit, en réalité, profiter à telle autre personne. Une contre-lettre complète l'opération, afin que soit établie entre le bénéficiaire apparent et le bénéficiaire réel la situation véritable. Dans quelles conditions ce procédé contribue-t-il à la création d'une apparence?

Dans la plupart des hypothèses les parties ont eu en vue, presque toujours, ou une fraude à la loi ou un dol — une *fraude à la loi* quand le bénéficiaire véritable était légalement incapable de recevoir le droit transmis pour quelque raison que ce soit (art. 911-1099, C. civ.). — un *dol*, quand celui qui cède son droit ne l'aurait pas cédé au véritable bénéficiaire de l'opération.

La *fraude à la loi* aura, en ces cas, pour objet une violation des règles de la réserve et de la quotité disponible, La question se pose exactement dans les mêmes termes que dans l'hypothèse d'un acte fausement qualifié; il est, par conséquent, inutile de reprendre l'étude de la situation. En ce qui concerne le dol, pour qu'une difficulté se présente, il faut supposer que le bénéficiaire réel de l'opération a lui-même revendu l'immeuble à un tiers de bonne foi. Celui-ci aurait bien acquis un droit définitif puisqu'il est admis que l'action en déclaration de simulation n'a que des effets relatifs. Quant à la nature du dol, nous ne pouvons que renvoyer à nos explications antérieures (n° 69).

Le problème n'est pas, cependant, dépourvu d'un inté-

rêt qui lui est propre. Il peut, en effet, exister, dans les hypothèses d'interposition de personne, abstraction faite de toute fraude à la loi ou de dol, des situations apparentes. Pour qu'il en soit ainsi, il suffit que la personne interposée soit *infidèle à la mission* qui lui a été confiée et aliène *en son nom* et *pour son compte* les droits dont elle est le pseudo-titulaire. A l'égard des tiers, elle est, dans toute l'acceptation du mot, un titulaire apparent. Sa qualité est établie par un titre d'acquisition qui porte son nom, sans aucune indication de simulation. Les conditions normales de l'Apparence sont bien réalisées : la contradiction entre la situation réelle et la situation apparente et le caractère irrégulier de cette dernière.

La simulation peut se présenter encore sous un aspect quelque peu différent. Les parties à la simulation ont eu, par exemple, en vue de frauder les créanciers de l'une d'elles. Le titulaire d'un droit de propriété l'aliène au profit d'un tiers, mais une contre-lettre demeurée secrète est intervenue d'après laquelle l'aliénation est non-avenue. Pour que cette situation simulée donne lieu à l'application de la notion d'Apparence il est nécessaire que le prétendu titulaire, arguant de son titre extérieurement régulier, ait disposé du droit au profit d'un tiers de bonne foi.

Peu importe au point de vue des effets de l'Apparence que cette revente ait été concertée ou non entre le titulaire véritable et le titulaire apparent du droit de propriété, la consolidation des droits du tiers est toujours acquise. Mais du point de vue des éléments constitutifs de l'Apparence la question se pose différemment et présente une certaine importance. Si la seconde vente a été concer-

tée par le *fraudator* et son complice, elle constitue un prolongement, un renforcement de la première fraude. En vendant son immeuble à un tiers de bonne foi, par sa fraude seule, le premier vendeur pouvait créer une situation apparente (Cf. *suprà*. Section II). L'emploi d'un intermédiaire-complice rend l'opération frauduleuse moins aléatoire, car la bonne foi du tiers sera beaucoup plus difficile à contester. En cette hypothèse ce qui caractérise l'opération ce n'est pas tant la simulation qui n'est qu'un accessoire que la fraude elle-même. Si, au contraire, la seconde vente n'avait pas été prévue dans l'accord conclu par les auteurs de la simulation, la situation apparente naît du *dol* commis par le complice du *fraudator*. Il établit, en effet, aux yeux des tiers, sa qualité de propriétaire au moyen d'un titre juridique sans valeur. La sanction du *dol*, est le maintien de l'acte passé par le tiers acquéreur; cette conséquence est normale dans la théorie de l'Apparence. Quant au *fraudator*, il ne peut intervenir contre le tiers acquéreur car il en est empêché par l'article 1321 (C. civ.).

76. — Arrivé à ce point de nos explications nous croyons nécessaire de nous résumer et de conclure .

Au point de vue des éléments constitutifs de l'Apparence, *la simulation est une opération neutre*. Nous voulons dire par là que le fait de la simulation ne suffit *jamais* à lui seul pour créer l'élément matériel d'une situation apparente. Il est nécessaire qu'il reçoive de l'une des parties à la simulation une qualification d'ordre psychologique : *fraude* ou *dol*. Fraude, quand le but de l'opération qui crée l'apparence est de tromper les tiers étrangers au contrat, *dol*, quand ils'agit d'induire en erreur le cocontractant.

Ce caractère accessoire de la simulation est essentiel; il dépasse de beaucoup le cadre de cette section, car il permettra, en conclusion, de réfuter certaine théorie d'après laquelle la notion d'Apparence ne serait qu'une application de la simulation.

§ 2. — *La Simulation dans les Titres à ordre.*

77. — Sous cette rubrique nous n'envisageons qu'une seule question mais elle est importante : le problème des traites de complaisance. La situation type est la suivante : le tiré a accepté la traite sans avoir reçu de contre-partie et sans vouloir, d'autre part, ouvrir personnellement un crédit au tireur; le but poursuivi est de procurer des disponibilités au tireur par le seul escompte de la traite. A l'échéance, si le processus se déroulait normalement, le tireur verserait au tiré, les fonds nécessaires à sa libération; en fait, souvent le versement n'a pas lieu. Par application de la théorie de l'opposabilité, le tiré, bien que n'ayant reçu aucun fonds, est tenu de s'acquitter au profit du tiers porteur de bonne foi.

En doctrine, les effets de complaisance étaient ordinairement considérés comme nuls pour défaut de cause; leur validité à l'égard des tiers porteurs de bonne foi était expliquée par l'opposabilité du défaut de cause. Mais cette explication n'est pas satisfaisante parce qu'elle ne permet pas par elle-même de différencier les diverses espèces d'effets de complaisance. On était amené à distinguer entre les *bons* et les *mauvais* effets de complaisance, selon qu'ils correspondaient ou non à une ouverture

ferme de crédit, à un engagement ferme de payer à l'échéance. L'adjonction de ces qualifications morales ne permet pas d'expliquer juridiquement le mécanisme de l'effet de complaisance.

La signature apposée sur une traite par un tiré l'oblige à payer; il y a une manifestation de volonté concrétisée par la signature; quand il y a concordance entre la volonté qu'implique la signature et la volonté véritable, il n'y a aucune difficulté; quand au contraire il y a discordance, il est dangereux de faire intervenir la cause, car le but poursuivi par les signataires est toujours d'améliorer la situation du tireur. Il vaut beaucoup mieux voir une volonté *simulée* de s'obliger à payer à l'échéance.

Il y a bien, en ce cas-là, superposition de deux situations juridiques; il y a bien aussi à l'égard du tiers porteur la manœuvre dolosive qu'implique la simulation pour créer l'apparence; en effet, ce tiers porteur n'aurait vraisemblablement pas reçu la traite si elle n'avait pas été acceptée du tiré. Le dol émane du tireur qui met la traite en circulation; quant au tiré il est dans la même situation que le vendeur simulé que l'article 1321 réduit à l'impuissance.

M. Lescot a proposé une définition qui s'adapte très bien aux développements précédents : *l'effet de complaisance, en définitive n'est qu'un effet simulé, créé en vue de se procurer un crédit imaginaire et qui n'implique nullement de la part des signataires l'intention de s'engager cambiairement* (1).

1. LESCOT, note au S. 1929.1.361, sous Req., 12 mars 1928; cf. LESCOT, note au S. 1929.1.57, sous Civ., 16 juillet 1928; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN. *Les Obligations*, t. 1^{er}, p. 331, note 4.

CHAPITRE III

LA MANIFESTATION DE VOLONTÉ DÉTACHÉE DE SA CAUSE

78. — Une manifestation de volonté peut être valable, en certains cas, bien que sa cause ne soit pas exprimée. L'illégalité ou l'immoralité de la cause ne provoque-t-elle pas, dans ces hypothèses, une situation apparente puis qu'il y a opposition entre l'*instrumentum* régulier et l'opération qu'il révèle?

Ce qu'il faut nettement remarquer, dès maintenant, c'est que la cause existe toujours, bien qu'elle ne soit pas énoncée. « Une obligation sans cause est nulle et pourtant un acte abstrait est valable (1). » Une manifestation de volonté a nécessairement un but, donc, pour employer la terminologie courante, une *cause*, mais cette cause demeure inconnue de celui qui reçoit la manifestation de volonté; le consentement détaché de son support ordinaire, la cause, est valable en lui-même sans qu'il soit nécessaire de rechercher le but poursuivi.

Le fait est rare en droit français; les contrats, en principe, sont tous des contrats causés et dans chaque catégorie la cause est invariable. Seules des opérations peu nombreuses, mais importantes, ne sont pas conformes à

1. OSIAS. *L'acte abstrait en droit comparé*, thèse Paris, 1924, p. 28.

cette règle; en effet, l'artifice consistant à supprimer la cause de formation de l'acte juridique ne peut être employé que dans le droit des créances. Il s'agit presque toujours d'opérations de *crédit* civil ou commercial mettant en présence au moins trois personnes. Chaque fois qu'il y a abstraction de la cause, on se trouve en présence de « deux contrats superposés, le premier qui sert de cause au second et le deuxième qui est l'acte abstrait (1) ». La cause de l'obligation abstraite réside « dans le rapport juridique entre le débiteur et une tierce personne (2) », et le créancier est étranger à ce rapport de droit dont il ignore les raisons d'être ou les modalités. En d'autres termes, le but que poursuit le débiteur en s'obligeant ne fait plus corps avec sa manifestation de volonté; celle-ci ne comprend plus que le consentement, c'est-à-dire le fait de s'obliger (3). Ce que révèle une étude attentive du droit français c'est que *cette abstraction de la cause n'est pas l'œuvre de l'autonomie de la volonté* (4) en ce sens que les parties ne peuvent utiliser cette modalité qu'en vertu d'un texte ou d'une coutume. Mais le texte, ou la coutume créée par la tradition, pas plus qu'une doctrine et une jurisprudence concordantes ne lient la volonté des parties qui peuvent réintégrer la cause dans l'obligation (5). Le principe demeure formulé par l'article 1131 du code civil.

1. OSIAS, *op. cit.*, p. 21, en note.

2. CAPITANT. *De la Cause des Obligations*, 2^e éd., 1924, n° 9, p. 33.

3. CAPITANT, *op. cit.*, p. 389 et 390.

4. *Contrà*, OSIAS, *op. cit.*, p. 21.

5. HUBERT. *Essai d'une théorie juridique de la délégation*, thèse Poitiers, 1899. « Par une clause formelle le délégué ne s'est engagé à payer au délégataire que ce qu'il devait au délégant... L'ancien engage-

Au point de nos développements une observation importante s'impose : il est nécessaire de distinguer entre l'*instrumentum* non causé et la volonté détachée de sa cause. Dans l'*instrumentum* non causé, il y a tout au plus un artifice de rédaction qui a pour but de dissimuler la cause, mais celle-ci reste entièrement efficace. Bien que la cause ne figure pas sur l'*instrumentum* la validité de la manifestation de volonté et l'obligation qu'elle implique en dépendent étroitement. L'artifice de rédaction conduit simplement à un renversement de la preuve (1). Le tiers entre les mains de qui le billet non causé est parvenu peut admettre la validité et n'a pas à prouver la cause parce qu'elle ne figure pas sur le titre dont il veut obtenir l'exécution. C'est au débiteur qu'il appartient, pour écarter l'*instrumentum* qu'il a signé, de démontrer que le titre est basé sur une cause illicite ou immorale. Il s'ensuit que si le billet non causé est aliéné par le créancier, c'est-à-dire à l'aide des formalités de l'article 1690 du code civil, les exceptions résultant de la cause sont opposables au cessionnaire comme elles l'étaient au cédant. « Notre droit français, plus attaché à la valeur morale du droit qu'aux intérêts utilitaires du crédit, maintient fermement l'exigence de la cause en simplifiant, le cas échéant, la preuve de la cause par une présomption qui n'atteint pas

ment est alors la mesure exacte du nouveau et l'on doit très certainement permettre au délégué d'invoquer les exceptions afférentes à sa première dette, afin d'arriver ainsi à établir l'étendue de la seconde » (p. 166). Le principe est le même dans toutes les hypothèses.

1. DUEZ. *La Renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*, thèse Lille, 1914, p. 20.

le fond du droit et laisse subsister ses conséquences nécessaires (1). »

Au contraire, quand la volonté est vraiment détachée de sa cause, la démonstration que la cause n'existe pas, ou est illicite ou immorale, n'a aucune influence sur le consentement qui continue à lier celui qui l'a émis.

Avant la loi du 8 février 1922, quand la lettre de change était un *instrumentum* causé, on assistait à ce paradoxe d'un titre *causé* qui constatait une *obligation abstraite*; en effet, ainsi que nous l'avons remarqué, les vices de la lettre de change n'étaient pas opposables aux tiers porteurs de bonne foi quand ils n'apparaissaient pas dans le libellé de l'*instrumentum*. Cette anomalie tenait à la brièveté de la mention de la cause; la loi du 8 février 1922 a eu pour résultat de mettre plus d'harmonie entre la forme du titre et la nature de l'obligation, mais, au fond, elle n'a fait que consacrer la jurisprudence antérieure.

Entre les parties, la lettre de change demeure un titre doublement causé, car il est le résultat de deux opérations juridiques; la valeur fournie est la cause de l'obligation entre le tireur et le preneur; la provision est la cause de l'obligation du tiré à l'égard du tireur. Les signatures indiquent un engagement dont le « pourquoi » n'est pas relaté dans le titre, il reste à l'arrière-plan et explique seulement, entre les parties, les engagements intervenus. Mais à l'égard des tiers porteurs de bonne foi la nullité de la cause importe peu, les différents signataires restent tenus comme si l'opération était régulière.

1. GÉNY. *Science et Technique en Droit positif*, t. III; *Elaboration technique du droit positif*, Paris, 1921, p. 77 et 78.

De même la cause de l'obligation peut non seulement ne pas exister, mais encore *avoir disparu*. La cause de l'obligation est la promesse d'une contre-prestation; or celle-ci a été réglée par un autre procédé; par exemple, *une compensation* est intervenue entre les dettes qu'exprimaient la lettre de change ou le billet à ordre. Cependant, bien que la cause ait disparu, le tiré reste tenu de payer le tiers porteur du bonne foi, *l'exception de compensation est inopposable*. « Il suffit de la moindre réflexion pour comprendre que toute force serait ôtée au crédit s'il fallait s'assurer qu'aucun porteur n'a été, au moment où il détenait le titre, débiteur de son propre débiteur (1). » Il en est de même pour toutes les autres causes d'extinction possibles, paiement, confusion et remise de dette. Ces solutions ont été facilement admises parce qu'en définitive le débiteur qui a payé deux fois a commis une *faute*; s'il avait été vraiment diligent, il aurait demandé la remise du titre qui constatait sa dette; le deuxième paiement est la sanction la mieux appropriée. Nous avons si souvent rencontré le procédé que nous croyons inutile d'insister.

79. — Jusqu'ici nous n'avons signalé l'abstraction de la cause que dans les titres à ordre destinés à jouer le rôle d'instruments monétaires. Il est cependant quelques opérations juridiques indépendantes de leur cause bien qu'elles ne soient pas revêtues de la clause à ordre. L'une d'elle est expressément prévue par l'article 1295 (C. civ.) :

1. PICHON. *De l'Inopposabilité des Exceptions au porteur d'un titre à ordre*, thèse Paris, 1904, p. 142.

la compensation est inopposable par un débiteur cédé qui a *accepté* la cession : pour qu'il en soit ainsi, il faut supposer que le débiteur cédé soit devenu, *avant la signification*, créancier du cédant dans les conditions légales où la compensation, joue obligatoirement (liquidité, exigibilité, fongibilité). Dans cette hypothèse particulière, il est indéniable que le débiteur cédé est engagé *sans cause* à l'égard du cessionnaire, puisque l'obligation qui constituait la *cause* de son engagement, s'est éteinte, et cependant il reste lié. Deux séries de considérations permettent d'expliquer cette disposition : ou bien il y a là une mesure tendant à assurer la sécurité des transactions juridiques, ou bien c'est une pénalisation infligée au débiteur cédé qui est en *faute* de ne pas avoir tenu compte de la compensation. Quoi qu'il en soit, il semblerait que, de toute façon, l'interprétation du texte de l'article 1295 dût être extensive; par suite, la même solution devrait être admise, comme en matière de titres à ordre, pour tous les moyens d'extinction. Presque toute la Doctrine (1) et la Jurisprudence sont opposées à cette extension; cette attitude est, dans une certaine mesure, la conséquence de l'explication que l'on donne ordinairement de l'article 1295. Il contiendrait une « présomption de renonciation » qui devrait s'interpréter restrictivement; mais, comme le fait observer M. Capitant (2) « l'idée de renon-

1. AUBRY et RAU, t. V, § 359 *bis*, note 53 à 55, p. 226, 5^e éd.; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT. *Vente* n° 789; LAURENT, t. XXIV, n° 536; PLANIOL, t. II, n° 1626, 9^e éd.; — Civ., 19 avril 1854, D. P. 1854.1.145, S. 1856.1.160; Req., 4 février 1889, S. 1889.1.320.

Contrà, CAPITANT, *op. cit.*, p. 405 et 406.

2. CAPITANT, *op. cit.*, p. 405.

ciation admissible pour le cas où le débiteur a connu la compensation ne l'est plus lorsqu'il l'a ignorée ». Rationnellement, il n'y a pas de raison de ne pas étendre l'article 1295 à tous les moyens d'extinction de la dette.

D'autres obligations abstraites sont prévues par le Code civil, mais pas en tant que telles. Il s'agit, comme en matière de titres à ordre, d'opérations de crédit se traduisant par un engagement de payer unilatéralement consenti. Elles sont au nombre de deux : la délégation et le cautionnement

Le caractère abstrait de la délégation est facilement admis par la Doctrine et par la Jurisprudence. La superposition des deux opérations est, en cette hypothèse, flagrante. Il y a deux séries de rapports indépendants : ceux qui unissent le délégué au délégant, et ceux qui lient le délégué au délégataire. Ce dernier reçoit le consentement du délégué, mais il ignore, en principe, les raisons de l'obligation contractée : le délégué peut s'obliger pour payer sa dette ou pour faire un prêt ou une donation au délégant. Cette cause qui *existe* n'intervient pas pour caractériser les rapports du délégué et du délégataire ; il en résulte que les exceptions qui auraient pu être opposées au délégant ne le sont pas au délégataire. Cette solution est facilement acceptée parce que traditionnelle quand la délégation est parfaite, c'est-à-dire quand le délégataire a libéré le délégant de son obligation. En est-il de même quand la délégation est imparfaite ? La sécurité du délégataire n'est-elle pas suffisamment garantie par la persistance de l'obligation du délégant ? « Ici, le plateau de la balance semble pencher en faveur du délégué qui

s'est obligé par erreur (1). » Cependant, une partie importante de la Doctrine et la Jurisprudence admettent encore que l'obligation du débiteur est détachée de sa cause, car, rationnellement, les modalités de l'accord intervenu entre le délégant et le délégataire ne peuvent influencer sur la nature de l'obligation contractée par le délégué.

La Jurisprudence ne reconnaît pas en général le caractère abstrait de l'obligation de la caution (2). Seul, un arrêt de la Cour d'Appel de Paris a décidé qu'« un cautionnement n'exige de la part de la caution d'autre cause d'obligation que la libre détermination d'exercer un acte de bienfaisance, d'où il suit qu'un cautionnement ne peut être attaqué, comme fondé sur une cause illicite sous prétexte qu'un motif contraire aux bonnes mœurs aurait déterminé la caution à donner » (3). Cet arrêt, approuvé par la doctrine moderne (4), repose sur les mêmes considérations de sécurité que les solutions précédentes. Le créancier qui contracte, peut-être en considération de l'engagement de la caution, ne peut pas rechercher pourquoi celle-ci agit; il s'ensuit que la caution doit payer, le cas échéant, bien qu'elle soit irrégulièrement engagée.

Dans toutes ces hypothèses, le débiteur par son engagement a créé une situation apparente d'obligation, puisque n'étant pas valablement lié, il est cependant contraint d'exécuter en faveur de celui qui a reçu son consentement.

1. CAPITANT, *op. cit.*, p. 399.

2. Req., 10 novembre 1884, S. 1887.1.308; Req., 16 mars 1898, S. 1902.1.331.

3. Paris, 10 janvier 1905, D. P. 1905.2.158.

4. CAPITANT, *op. cit.*, p. 414; OSIAS, *op. cit.*, p. 96.

TITRE III

Situations apparentes

80. — Nous groupons sous cette rubrique plusieurs hypothèses qui, de prime abord, ne semblent avoir aucun point commun. Il y a cependant entre elles un lien qui tient à la similitude des éléments constitutifs de l'Apparence.

Dans les hypothèses que nous avons jusqu'ici étudiées, l'élément matériel de l'Apparence résultait exclusivement d'un titre, mesure de publicité ou acte juridique. Ce titre se suffisait à lui-même et n'avait besoin d'aucun complément, exception faite évidemment de la bonne foi.

Au contraire, dans les cas que nous allons étudier maintenant un titre juridique ne suffit jamais à lui seul pour créer l'élément matériel d'une situation apparente; pour qu'il soit efficace, il faut nécessairement qu'il soit corroboré par une *situation de fait*. D'ailleurs, l'importance relative du titre et du fait est très variable. Le titre n'est la plupart du temps que subsidiaire, c'est le fait qui est, en général, prédominant; parfois même il arrive que le titre disparaisse complètement devant le fait. L'Apparence naît du fait malgré le titre qui révélerait, s'il était connu des tiers, le fond du droit. Ce résultat est

d'ailleurs assez rare; il se rattache au phénomène, que nous avons déjà signalé (n° 38), des publicités inefficaces. Il importe de ne pas omettre ces solutions, car elles ont une importance toute particulière au point de vue de l'évolution moderne du droit; en outre, elles mettent en lumière le caractère essentiellement pratique de la théorie de l'Apparence et nous serviront, par la suite, à dégager avec quelque prévision ce qu'est la bonne foi du tiers trompé.

CHAPITRE PREMIER

LA CAPACITÉ APPARENTE

SECTION PREMIÈRE

La Capacité apparente en droit commun.

81. — A quelles conditions une capacité peut-elle être apparente? La loi est indirectement intervenue pour restreindre le développement de la notion d'Apparence en décidant, dans l'article 1307 (C. civ), que la simple déclaration de majorité faite par le mineur n'est pas un obstacle à sa restitution. D'après une interprétation constante en Doctrine (1) et en Jurisprudence (2) ce texte est applicable à tous les incapables, bien qu'il ne vise nommément que les mineurs. Les motifs de la protection accordée à tous les incapables sont, en effet, identiques; il n'y a par suite, pas de raisons valables pour faire des distinctions entre les différentes catégories.

Que la simple déclaration de capacité ne crée pas une apparence, rien de plus aisément justifiable. Il serait

1. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. *Obligations*, t. III, n° 1958 note 3; DEMOGUE. *Obligations*, t. II, n° 689, p. 428; DESCHAMPS. *Le dol et la faute des incapables*, Rev. crit., 1890, p. 272 et 273; HUC, t. VIII, p. 258.

2. Civ., 6 avril 1898, S. 1902.1.460; Paris, 20 janvier 1904, *Gaz. Tr.*, 1904 (2^e sem.) .2.143.

vraiment trop facile de tourner la loi, si une fausse déclaration suffisait toujours pour priver l'incapable du bénéfice de la protection légale; cette affirmation de capacité ne tarderait pas à devenir une clause de style dans les contrats.

L'incapable est certainement de mauvaise foi quand il affirme mensongèrement sa capacité; si on lui appliquait le droit commun, il serait nécessaire de le punir de son intention frauduleuse en donnant pleine efficacité à son obligation. Le texte de l'article 1307 rend impossible cette solution; en l'interprétant *a contrario*, la Doctrine et la Jurisprudence en ont conclu que l'incapable n'était pas restituable quand il avait commis des manœuvres frauduleuses pour établir sa prétendue capacité. Est-ce à dire que l'incapable soit plus coupable en ce cas? Nous ne le pensons pas.

82. — La mauvaise foi de l'incapable n'est pas en effet le seul élément qui intervient. Les tribunaux se sont ingénies à préciser le degré de croyance qu'il fallait accorder à une déclaration de capacité. Tout en appliquant la loi ils ont apprécié la conduite des tiers cocontractants. A supposer que ceux-ci se contentent d'une simple affirmation, émanée de l'incapable *la plus plupart du temps*, ils auront été négligents. Au contraire, quand la fausse déclaration est accompagnée de manœuvres frauduleuses, de présentation de pièces fausses, le tiers cocontractant ne pouvait que très difficilement démêler la vérité.

L'apparence de capacité est faite partiellement de la difficulté que les tiers rencontrent pour recueillir des ren-

seignements exacts. C'est la raison pour laquelle, *contrairement à la loi*, en certaines circonstances, la seule déclaration de capacité suffise pour créer une apparence. Les tribunaux se sont prononcés, en ce sens, dans des conjonctures particulièrement intéressantes.

Dans une affaire déjà ancienne (1) un étranger mineur d'après sa loi nationale, mais qui aurait été majeur, s'il avait été Français, s'était faussement prévalu de sa pleine capacité.

Pouvait-on reprocher au tiers de s'être contenté de cette déclaration? Pouvait-on, raisonnablement, exiger de lui qu'il connût toutes les lois étrangères et qu'à défaut, il se renseignât à l'ambassade du pays dont il ignorait la loi, ou au consulat le plus proche, alors qu'il s'agissait d'une affaire à traiter sur l'heure? Il était impossible d'en alourdir la conclusion de recherches nécessairement assez longues. Aussi les tribunaux se sont-ils contentés de la simple déclaration de majorité contrairement à l'article 1307; de même il a été jugé à plusieurs reprises (2), par application des mêmes principes, que le prodigue pourvu, à l'étranger, d'un conseil judiciaire, ne peut se prévaloir de ce fait pour demander l'annulation d'engagements contractés en France.

Ces décisions exceptionnelles ne sont pas, d'ailleurs, propres au droit international. On en trouve des exemples en droit interne; toutefois ceux-ci ne se rencontrent pas,

1. Req., 16 janvier 1861, D. P. 1861.1.193, S. 1861.1.305.

2. Civ., 29 juillet 1901, *Clunet*, 1901, p. 971; Paris, 8 janvier 1883, S. 1884.2.169; Paris, 20 mars 1890, *Gaz. Pal.*, 1890.1.170; Bordeaux, 11 avril 1906, *Clunet*, 1906, p. 1119.

au moins à notre connaissance, en matière de minorité. C'est l'incapacité de la femme mariée qui fournit la plupart des hypothèses. Cette différence s'explique assez facilement : l'incapacité de la femme mariée n'est pas, à proprement parler, une incapacité de protection; elle repose sur une certaine conception de la famille. Qu'en fait, celle-ci ne soit pas acceptée et la femme mariée reprend facilement à l'égard des tiers sa pleine capacité. Presque toujours cette déclaration faite par la femme est corroborée par un état de fait : la femme mariée qui se qualifie veuve ou fille vit séparée de son mari : il se crée alors, disent les tribunaux, une erreur commune... « attendu que la propriétaire du château de L..., n'a jamais été désignée sous une autre qualité que celle de veuve T..., que les sieurs R., et M..., doivent être réputés avoir été trompés, par suite d'une erreur commune résultant du fait de la dame T..., sur la situation matrimoniale de la personne avec laquelle ils ont contracté et plaidé » (1). Par suite, les successeurs de la dame T..., ne furent pas jugés recevables à demander l'annulation des contrats; de même, la procédure engagée au nom d'une fille célibataire majeure est déclarée valable, parce que le mariage n'avait pas été révélé : « qu'ainsi l'arrêt de Cassation du 9 mars 1898 a été rendu au profit de la demoiselle L..., célibataire majeure bien que son mariage eut été célébré le 8 février 1897..., que la demoiselle L..., ni son mari ne sauraient reprocher à F..., d'avoir été trompé par suite d'une erreur qui provient de leur fait » (2).

1. Req., 28 mars 1888, D. P. 1888.1.361; Tr. civ. Seine, 2 décembre 1910, *Gaz. Pal.*, 1911.1.212.

2. Civ., 3 juin 1902, D. P. 1902.1.452.

83. — Ces différentes espèces, pour intéressantes qu'elles soient, ne sont pas celles où s'accusent le plus nettement les tendances de la Jurisprudence, car il n'y est toujours question que d'un nombre restreint d'opérations intervenues entre le tiers et la personne apparemment capable. Dans une affaire relativement récente et qui a eu un certain retentissement (1), la situation est quelque peu différente; on se trouve en présence d'une série d'opérations de bourse échelonnées sur *plusieurs années*. La dame B., séparée de fait de son mari, faisait des opérations de bourse par l'intermédiaire de la Société Générale; elle s'était présentée comme célibataire et avait rempli la fiche de signature du nom de « demoiselle L. » et signait ainsi toutes les quittances et autres pièces; d'autre part, à son domicile elle portait les mêmes nom et qualité et aucun doute ne s'était élevé sur leur régularité. Par la suite, le sieur B. intervint pour faire annuler des opérations qui avaient été faites sans son autorisation; la Chambre des Requêtes rejeta un pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris qui repoussait l'action de B. parce qu'il « avait facilité les manœuvres frauduleuses employées par sa femme pour induire les tiers en erreur sur sa situation légale et commis lui-même un quasi-délit qui le rendait non recevable à se plaindre de faits à l'occasion desquels sa responsabilité personnelle était engagée ».

La faute commise par B. consistait à s'être désintéressé de sa famille pendant une très longue période. La Cour

1. Req., 8 novembre 1905, D. P. 1906.1.14, note de BINET, S. 1907.1.145, note de M. HÉMARD; Tr. comm. Seine, 28 octobre 1904, *Pand. fr.*, 1905.2.266.

de Cassation attache à ce fait une importance considérable. Nous avons trop souvent signalé cette méthode pour y revenir encore; mais nous tenons à mettre en lumière que cette faute contribue à alléger l'obligation de contrôle dont le tiers contractant est tenu. Les éléments nécessaires pour créer une erreur invincible, ou réputée telle, ne diffèrent pas selon que l'opération litigieuse est unique ou au contraire composée de multiples parties successives. Il y a là une absence certaine de discrimination qui, rationnellement, ne peut s'expliquer. En effet, quand les relations d'affaires se sont régulièrement poursuivies pendant plusieurs années, les tribunaux pourraient exiger que l'erreur résultât de circonstances plus probantes qu'une simple affirmation même conforme à une situation de fait. Aurait-il été exorbitant que la banque exigeât de la pseudo-demoiselle L. la présentation de son acte de naissance pour faire la preuve de sa capacité? Par ce procédé très simple, son mariage aurait été révélé. Comment s'expliquer cette attitude des tribunaux? Comment se fait-il que cette négligence n'ait pas été reprochée à la banque? Nous sommes en présence d'une de ces publicités auxquelles nous avons fait allusion (n° 80); elles ne sont pas entrées dans les mœurs, il n'est pas dans les habitudes courantes de réclamer des extraits de certains actes, tels les actes de naissance ou de mariage. Ceci s'explique très aisément quand il ne s'agit que d'une opération isolée : demander la présentation d'un acte de naissance est une complication et provoque une perte de temps. Nous comprenons très bien cet usage en ce cas; mais nous concevons difficilement qu'il soit admis dans des relations d'affaires

suivies. Sur ce point particulier une réaction des tribunaux serait utile, car il semble que le tiers, presque toujours une banque, n'a pas fait preuve de toute la diligence désirable.

84. — Les solutions que nous venons d'exposer sont exceptionnelles. En principe, pour qu'il y ait capacité apparente, il ne suffit pas de s'en tenir aux affirmations de l'incapable (art 1307, C. civ); les tribunaux exigent que celui-ci se soit livré à des manœuvres frauduleuses pour créer l'Apparence.

Cette expression de « manœuvres frauduleuses » n'est pas à elle seule suffisante; c'est un concept purement abstrait qui n'est pas satisfaisant pour l'esprit, car les manœuvres frauduleuses peuvent se concevoir de multiples façons.

On pourrait restreindre la manœuvre frauduleuse aux cas où le mineur présenterait un acte de naissance falsifié. Les hypothèses d'Apparence seraient ainsi réduites au minimum; il faudrait que l'incapable modifiât les mentions portées sur le titre ou obtînt d'un employé de la mairie une copie fausse dès l'origine. Cette conception étroite de la manœuvre frauduleuse tendant à faire croire à une capacité apparente, aurait, à cause de sa rigidité même, présenté l'avantage de ne prêter qu'à fort peu d'équivoques. On pourrait contester le degré d'apparence de la falsification, mais cette cause d'imprécision serait beaucoup moins sensible qu'en matière de signatures fausses; en tous cas, il ne s'agirait que d'une pure question de fait relativement facile à résoudre.

La jurisprudence s'est, au contraire, ralliée à une notion

de la manœuvre frauduleuse plus souple, plus diverse et moins bien définie. « Ce sont, dit-on (1), les moyens géminés qu'emploie l'incapable pour cacher sa condition juridique, soit en en rendant la découverte impossible, soit en endormant la vigilance des tiers par la création d'apparences tellement concordantes et sérieuses qu'elles semblent correspondre à la réalité. » Si cette définition n'était pas expliquée et commentée par un certain nombre d'exemples, il serait bien difficile, en partant des seuls termes dont elle est composée, d'imaginer les éléments dont la réunion est nécessaire pour créer une apparence de capacité.

Les procédés auxquels peut recourir un incapable pour faire croire à sa capacité sont d'ailleurs d'une diversité incomparable : la machination la plus habile pour créer l'Apparence est sans doute celle que nous trouvons relatée dans un arrêt de la Cour d'Appel de Grenoble (2). Dans cette espèce, la femme mariée qui voulait agir sans autorisation de son mari, n'avait nullement essayé de se faire passer pour fille ou pour veuve ; elle s'était présentée sous sa qualité de femme mariée et elle était accompagnée d'un tiers qu'elle fit passer pour son mari. L'intervention du tiers était accompagnée d'une mise en scène si minutieuse et si bien organisée que le notaire ne jugea pas nécessaire de faire certifier par témoins l'identité des comparants. Le tiers signa en imitant la signature de celui dont il jouait le rôle ; après vérification d'écritures, les actes

1. AGATSTEIN. *Le Dol des incapables à l'occasion d'un contrat*, thèse Paris, 1927, p. 200.

2. Grenoble, 21 mai 1912, S. 1913.2.252.

furent annulés. Le mari n'était pas tenu solidairement, mais les héritiers de la dame P. furent jugés engagés par les manœuvres frauduleuses de leur auteur qui avaient créé à l'égard des tiers une apparence d'habilitation régulière.

La plupart du temps les manœuvres frauduleuses ne s'accompagnent pas de cette minutie dans la recherche du détail : il suffit de présenter un document qui pour être régulier présuppose lui-même la capacité; c'est ainsi qu'un mineur émancipé mais non autorisé à être commerçant a été jugé irrecevable à intenter une action en rescision contre ses actes, parce que des tiers avaient contracté avec lui en tenant compte de ce fait que le mineur avait constitué avec un courtier une société en nom collectif (1). De même, un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire s'associe sur présentation d'un inventaire faux avec un individu qui n'exige pas de justifications supplémentaires; la Cour d'Appel d'Amiens (2) condamna le prodigue à remettre son associé dans la situation pécuniaire où il se trouvait avant d'entrer dans la société. Parfois, les tribunaux n'exigent pas pour qu'il y ait manœuvre frauduleuse la présentation d'un écrit; il suffit que l'incapable ait accrédité des bruits qui fassent croire à sa capacité entière; c'est par exemple, une femme mariée qui, pour passer un acte sans autorisation maritale, répand le bruit que son mari est mort.

Il suffit, de même, qu'une femme dotale affirme la para-

1. Rouen, 26 avril 1875, S. 1875.2.168.

2. Amiens, 27 juin 1877, S. 1879.2.229.

paraphernalité de certains de ses immeubles; il est admis par de nombreuses décisions que cette seule allégation dispense les tiers de prendre plus amples renseignements (1). Il en est ainsi, alors même que la publicité aurait eu lieu régulièrement comme l'exige la loi; la mesure de publicité devient donc inefficace puisqu'il suffit d'une assertion contraire pour que le tiers soit dispensé de la consulter; cela tient sans doute à ce fait qu'il est difficile sinon à peu près impossible de s'enquérir de la date et du lieu du mariage sans donner l'impression de soupçonner la véracité des dires de la venderesse.

Arrivée à ce point, en quoi la notion de manœuvres frauduleuses diffère-t-elle de la déclaration pure et simple de capacité? Nous sommes, en réalité, revenu par un long circuit aux cas où l'affirmation de capacité est suffisante. La diligence des tiers ne prête à aucune critique; ils ont fait ce qu'il était humainement exigé pour se renseigner : il en est bien ainsi lorsque le créancier hypothécaire ou l'acheteur s'adresse à la femme dotale pour se faire certifier la paraphernalité de l'immeuble. Il n'a commis aucune négligence alors qu'ordinairement celui qui se contente d'une simple déclaration n'a pas été diligent. Il nous faut

1. Req., 4 juillet 1877, S. 1877.1.455, D. P. 1878.1.55; Req., 3 juin 1891, D. P. 1892.1.13; Req., 14 juin 1904, S. 1905.1.489. — Lyon, 3 février 1883, D. P. 1883.2.142, S. 1885.2.154; Limoges, 5 décembre 1883, D. P. 1884.2.170; Bordeaux, 20 janvier 1893, D. P. 1893.2.517, S. 1894.2.32; Agen, 20 décembre 1893, D. P. 1894.2.92, S. 1894.2.250.

Mais cette jurisprudence est critiquée par certains auteurs qui estiment insuffisant le seul mensonge de la femme dotale pour créer une situation apparente. « Si, disent-ils, la loi de 1850 a été nécessaire, c'est que le législateur a pensé qu'une simple affirmation, même mensongère, de la femme ne saurait suffire à supprimer la protection attachée à la dot » (PLANIOL, RIPERT et NAST, t. IX, n° 1163).

donc conclure qu'il n'y a pas de différences absolues entre l'affirmation pure et simple et la manœuvre frauduleuse.

SECTION II

La Capacité apparente dans les Titres à ordre.

85. — Les règles du droit commun que nous venons d'étudier assurent la sécurité des tiers dans des limites restreintes. Pour que l'action en rescision intentée par le représentant de l'incapable ne puisse avoir d'effet, il est nécessaire que celui-ci ait employé des manœuvres frauduleuses; la simple déclaration de capacité ne produit une apparence qu'en des cas très exceptionnels.

En est-il de même quand l'engagement contracté par l'incapable a été souscrit sous la forme d'un titre à ordre?

Comme nous l'avons déjà fait remarquer en d'autres hypothèses (Nos 70 et 78), il est nécessaire de distinguer entre les rapports qui unissent le tiré incapable et le teneur bénéficiaire, d'une part, et les rapports qui se créent entre le tireur et un endossataire, tiers porteur de bonne foi, d'autre part.

Dans les premiers rapports, le droit commun seul est applicable, les effets spéciaux de la clause à ordre n'interviennent pas; par suite, nos explications antérieures sur la capacité apparente demeurent entièrement valables. Quand la clause à ordre a été utilisée et le titre transféré par voie d'endossement, le problème est complètement différent et beaucoup plus aigu. La plupart des titres revêtus de la clause à ordre jouant le rôle d'instrument de

paiement, il est indispensable que la sécurité du tiers de bonne foi soit aussi complète que possible, presque absolue. La signature d'un incapable entraînera-t-elle la nullité de la circulation postérieure? Dans quelle mesure la théorie de l'Apparence est-elle appliquée?

De même qu'en droit commun il faut choisir entre deux intérêts et « quelque opinion qu'on adopte, il y a, semble-t-il un intérêt légitime et un principe juridique sacrifiés » (1). Mais le choix à faire est très difficile.

86. — Nous écartons, dès maintenant, le cas qui nous ramènerait au droit commun où l'incapable se serait livré à des manœuvres frauduleuses; quant à l'affirmation de majorité dans le corps de la traite, elle est peu pratique, car cette mention insolite avertirait aussitôt les porteurs par sa seule présence.

Quand l'incapable qui a accepté une traite est un mineur, le seul procédé pratique est la posdate du titre; le bénéficiaire de l'effet prend la précaution élémentaire de ne le mettre en circulation que lorsque la date portée sur le titre aura été dépassée, c'est-à-dire aussi, quand l'incapable sera devenu majeur. « Et alors il est impossible au porteur de s'apercevoir de la postdate. De ce chef, on ne peut lui reprocher aucune faute, il devrait donc semble-t-il triompher » (1). On ne peut raisonnablement exiger du porteur qu'il obtienne une confirmation; il est de l'essence du titre à ordre d'être efficace à l'égard du porteur sans que celui-ci ait à s'inquiéter des conditions de création du titre. Seules devraient lui être opposables les exceptions

1. PERCEROU, *note*, sous Req., 15 novembre 1898, *Pand. fr.* 1899. 1.209.

attachées à sa personne ou résultant du texte de la traite.

Mais, fait-on observer, « cette argumentation mènerait à conclure que la protection légale du mineur est, non seulement en fait, mais même en droit, à la merci d'une formule ou d'un stratagème de date que l'incapable commet sous la dictée d'un autre (1)... » Ce serait extrêmement fâcheux et si quelqu'un doit subir une perte, « mieux vaut ne pas la mettre au compte du mineur qui, *envers et contre tout*, doit trouver dans le bénéfice de l'âge un moyen souverain de restitution (1) ».

Le problème est insoluble par les arguments ordinaires les deux intérêts sont également respectables. « On se décidera pour l'un ou pour l'autre selon que l'on sera plus ou moins sensible à l'intérêt moral qu'il y a à protéger le mineur, ou à l'intérêt public qu'il y a à protéger le crédit » (2). La Jurisprudence a opté; fidèle aux principes traditionnels, elle a préféré protéger l'incapable et laisser aux porteurs de bonne foi les risques des poursuites contre le tireur.

87. — Il est regrettable que l'Apparence ne puisse résulter de l'acceptation postdatée d'un mineur, mais l'hypothèse est assez peu pratique pour ne pas être très dangereuse. Qu'advient-il, par contre, dans le cas extrêmement fréquent où les traites sont acceptées par une femme mariée, et spécialement par la femme d'un commerçant? A quelles conditions, une acceptation signée par elle,

1. THALLER, note au D. P. 1895.2.25 sous Paris, 17 juillet 1894.

2. PICHON. *De l'Inopposabilité des Exceptions au porteur d'un titre à ordre*, thèse Paris, 1904, p. 137.

sans autorisation, est-elle valable à l'égard des tiers porteurs?

Tenant compte, dans une certaine mesure des besoins du crédit, les tribunaux, par un détour ingénieux, ont rendu efficace la signature de la femme. Ils ont imaginé l'existence d'un *mandat tacite* donné par le mari commerçant à sa femme; c'est ainsi que la cour d'Appel de Toulouse (1) validait une traite acceptée dans ces conditions parce qu'« il était démontré en fait que la dame L. signait *ordinairement, de la signature commerciale*, les effets présentés à l'acceptation à son magasin en l'absence de son mari et même en sa présence »; d'ailleurs, le même arrêt ajoutait cet argument plus pertinent, à notre avis « la banque tiers porteur ne peut, pour prendre la valeur à l'escompte, se fonder que sur *son apparence régulière*. » Cette raison purement cambiaire n'est reconnue valable que dans la mesure où l'artifice du mandat tacite peut lui-même intervenir. La Cour d'Appel de Paris a implicitement confirmé cette interprétation; elle a admis l'opposabilité aux tiers porteurs de bonne foi de l'incapacité de la femme, parce que dans l'espèce, le mandat tacite n'existait pas. « Les lettres de change et les factures émanant de divers commerçants établissent au contraire, que le mari a toujours traité personnellement avec ses fournisseurs; qu'à part les pièces concernant la fourniture de D. qui a motivé la lettre de change objet de la contestation, il n'est présenté aucun écrit signé par elle et permettant de supposer que la dame G. aurait été autorisée, même tacitement, par son mari, à signer pour lui des engagements commer-

1. Toulouse, 29 novembre 1909, *Gaz. Pal.*, 1910.1.255.

ciaux » (1). C'est une méconnaissance complète des besoins du crédit et des circonstances qui ont amené la création des effets à ordre. Objecter aux tiers porteurs de bonne foi que les *autres* pièces commerciales ne permettent pas de supposer le mandat tacite, c'est, en fait, exiger d'eux une enquête impossible. L'absence de mandat tacite a été facilement prouvée devant la justice. Mais il ne semble pas que les tribunaux aient exactement apprécié les difficultés que rencontrent les tiers pour se renseigner. Le fait est d'autant plus surprenant que la Cour de Cassation et les juridictions de tous ordres, ont une conception du crédit cambiaire qui protège dans une très large mesure les droits de tiers.

Cette jurisprudence restrictive de la sécurité des endosseurs, s'explique très bien mais *par des principes de droit civil*. Nous avons déjà eu l'occasion de remarquer les réactions du droit civil sur le droit cambiaire (cf. nos 69 et s.). En cette hypothèse, elles sont particulièrement nettes : les règles de l'autorisation maritale telles que les détermine l'article 217 (C. civ.) sont appliquées dans toute leur rigueur. Il est de jurisprudence constante, en matière civile, que la signature du mari sur l'acte passé par la femme ne vaut pas autorisation. Elle ne vaudra comme telle que si la présence du mari à la conclusion de la convention est mentionnée (2). Or, cette règle extrêmement stricte est appliquée en matière cambiaire; un arrêt tout

1. Paris, 10 novembre 1925, D. P. 1926.2.139, note H. L.

2. Civ., 22 février 1893, S. 1893.1.182, D. P. 1893.1.295; Req., 30 décembre 1902, D. P. 1903.1.150, S. 1903.1.188; Req., 19 mai 1908, D. P. 1908.1.359.

récent de la chambre civile en témoigne (1). Dans cette espèce, *la signature du mari et celle de la femme étaient juxtaposées*, l'une valait acceptation de la traite et l'autre l'avalisait. Mais la preuve n'étant pas faite que la signature du mari impliquait autorisation, l'aval ne fut pas reconnu valable à l'égard des tiers. C'est l'application, à la lettre de change, de la théorie civile dans toute sa rigueur.

Il y aurait, cependant, à notre sens, un procédé extrêmement simple pour consacrer l'apparence de la capacité de la femme du commerçant : il consisterait à présumer à l'égard du tiers porteur de bonne foi, l'existence d'un mandat tacite. Ce serait un moyen efficace de donner satisfaction aux besoins de crédit; il faudrait y voir comme une extension du mandat domestique de la femme au cas spécial où celle-ci s'occupe du commerce de son mari. La responsabilité de celui-ci ne serait pas excessive, peut-être pourrait-on, en effet, borner cette présomption de mandat tacite aux opérations régulières et ne pas y comprendre par exemple la signature de traites de complaisance; cette restriction est déjà apportée au mandat tacite tel qu'il fonctionne à l'heure actuelle (2). Les solutions ainsi obtenues seraient contraires aux règles de l'autorisation préalable et spéciale; mais celles-ci constituent un très grave danger, qui ne peut être écarté par aucun raisonnement; cependant, il nous semble que l'artifice que nous proposons est

1. Civ., 11 décembre 1929, D. H. 1930.117; Civ., 29 janvier 1930, D. H. 1930.161 (cette dernière décision est moins caractéristique car l'acceptation de la traite était signée par la femme d'un non-commerçant en vue de régler une opération civile).

2. Douai, 20 juin 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2. Somm. 101.

assez dans la méthode de la Jurisprudence pour être accepté; toutefois, il suppose que la question est résolue en faveur du tiers porteur contre le mari; et pour qu'il en soit ainsi, dans l'analyse des intérêts en présence, il faut avoir déjà accordé la prédominance au crédit.

CHAPITRE II

LES QUALITÉS APPARENTES (1)

SECTION PREMIÈRE

La Propriété apparente.

§ 1. — *La Propriété immobilière.*

88. — Nous avons eu l'occasion de rencontrer déjà des hypothèses de propriété immobilière apparente. Mais cette apparence résultait exclusivement d'*un acte juridique*. Ce qui caractérise les cas que nous étudions dans ce paragraphe, c'est l'importance réduite de l'acte juridique; Pour être pleinement efficace aux yeux des tiers, il doit être complété par une situation de fait qui lui soit conforme.

L'exemple le plus important de propriété immobilière apparente est certainement celui de l'héritier apparent.

La validité des actes de l'héritier apparent a donné lieu

1. Il n'est pas dans nos intentions d'étudier en détail *toutes* les qualités apparentes, mais seulement les plus importantes et les mieux caractérisées. Nous ne pensons pas utile de faire une mention spéciale de la *nationalité apparente*, ou du *témoin instrumentaire apparemment qualifié*. Ce sont là des cas de peu d'importance pratique, car les espèces sont rares et les dernières assez anciennes; comme elles ne présentent pas d'intérêt particulier au point de vue théorique, elles sont, *semble-t-il*, négligeables.

à un nombre considérable de travaux qui datent pour la plupart de la fin du XIX^e siècle; mais ils se sont faits plus rares dans ces dernières années (1), sans doute parce que la question ne se présentait plus devant les tribunaux. Bien des auteurs, après une étude sommaire des faits, ont surtout recherché quel était le fondement rationnel, ou au moins pratique de la validité des actes de l'héritier apparent; les conditions que devaient réunir l'héritier pour être qualifié « apparent » n'ont guère été l'objet d'un examen approfondi. M. Crémieu (2) a même écrit qu'il n'était exigé aucune condition, ni vocation légale, ni bonne foi.

89. — Il ne saurait évidemment être question de fournir de trop nombreux détails, car il s'agit toujours d'une étude de faits; mais de la juxtaposition de ces solutions de fait se dégagent quelques règles juridiques; il est possible de déterminer un minimum de vraisemblance sans lequel il ne peut y avoir apparence.

Aubry et Rau (3) avaient proposé que seul un héritier de sang pût être qualifié héritier apparent. Il faut supposer que la succession soit *ab intestat*; en ce cas, l'acte juridique est remplacé par le *fait juridique* de la parenté. Quelques décisions de jurisprudence avaient adopté cette doctrine implicitement en faisant appel à la théorie, artificielle d'ailleurs, de la saisine collective (4); d'autres arrêts décla-

1. La dernière étude importante est celle de M. CRÉMIEU. *De la Validité des Actes accomplis par l'héritier apparent*, Rev. trim., 1910, p. 39 et s.

2. CRÉMIEU, *op. cit.*, p. 62 et 63 et la note.

3. AUBRY et RAU, t. X, § 616, note 32, p. 6 et 16, 5^e éd.

4. Civ., 16 janvier 1843, D. P. 1843.1.49, S. 1843.1.97; Civ., 14 décembre

raient plus simplement que l'héritier apparent était celui qui, *en sa qualité de successeur*, est en possession publique, paisible et notoire de l'hérédité (1). Mais l'opinion d'Aubry et Rau a été rejetée par les auteurs (2) et la théorie de la saisine collective ou ses dérivées n'a pas été maintenue par les tribunaux (3).

Il nous semble, cependant que cette condamnation a été hâtive, ou qu'au moins elle est sujette à révision. Pour apprécier la doctrine d'Aubry et Rau, il faut la rapprocher de l'article 755 (c. civ.), qui ne limitait la parenté, en matière de succession, qu'au douzième degré. Démêler une généalogie jusqu'à ce point est, pour un étranger à la famille, un travail presque impossible à mener à bien; il arrive parfois que même les membres de la famille commettent des erreurs (4). Certaines espèces donnent des exemples de contestations entre cousins très éloignés (5); pour le tiers acquéreur il n'y a pas *en fait* de grandes différences (il n'y en a même souvent aucune) entre des étrangers et des cousins au dixième ou onzième degré. Exiger que le détenteur de la succession fût vraiment un héritier du sang, pour être jugé apparent était vraiment excessif; c'était aller à l'encontre des raisons qui faisaient admettre l'efficacité de l'Apparence. Toutefois, depuis la loi du 31 décembre 1917 qui a limité, en principe, au sixième degré

1898, D. P. 1899.1.137. — Toulouse, 21 décembre 1839, S. 1840.2.168.

1. Rouen, 16 juillet 1834, S. 1834.2.443.

2. Implicitement : BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. *Successions*, t. 1^{er}, n° 1247; DEMANTE, t. III, n° 89 *bis*; DEMOLOMBE, t. XIV, n° 243.

3. Orléans, 12 août 1876, S. 1877.2.88.

4. Besançon, 1^{er} mars 1864, D. P. 1864.2.61.

5. Civ., 13 mai 1879, D. P. 1879.1.417, S. 1880.1.26.

les successions entre collatéraux il serait peut-être possible de revenir à l'exigence formulée par Aubry et Rau. Il est en effet, relativement aisé d'établir la généalogie d'une famille jusqu'au sixième degré et de savoir si le détenteur de la succession est ou non un successeur éventuel. Il paraît raisonnable de ne juger l'apparence suffisante, qu'au cas où l'héritier présumé est vraiment un parent. Ce n'est nullement un retour à la théorie indéfendable de la saisine collective; cette solution repose seulement sur une appréciation équitable du degré de « crédibilité » que présente la situation du détenteur; elle n'exige du tiers acquéreur qu'un minimum de recherches qui ne demande pas une diligence exceptionnelle.

Depuis la loi du 31 décembre 1917, les tribunaux n'ont pas été appelés, à notre connaissance, à statuer sur cette question particulière. Il nous semble que sans se déjuger, ils pourraient, le cas échéant, accepter la solution que nous proposons.

Cette théorie n'est évidemment applicable que dans l'hypothèse où la dévolution successorale est légale; en effet, si la dévolution est testamentaire, entre légataires, la question de parenté ne se pose pas, seule la volonté du *de cuius* importe. Celle-ci s'exprime ou est censée s'exprimer dans un testament. Cet acte juridique est ou révoqué ou faux; malgré cette absence de volonté il constitue un élément d'Apparence dont l'importance et la valeur sont assez diversement appréciées selon les espèces.

90. — Ainsi donc, *l'héritier apparent est toujours un usurpateur*. A quelles conditions sa situation est-elle légitime à l'égard des tiers?

Après une rapide lecture des arrêts une constatation s'impose à l'esprit : les règles de la possession ont servi de modèle aux tribunaux. Le but est évidemment différent : en cas de prescription il n'est question que de légitimer l'usurpateur, alors que dans les hypothèses d'héritier apparent, la légitimation est opérée au profit des tiers. Il est certain, cependant, que les dispositions de la loi relatives à la prescription ont été utilisées. Sans doute, elles sont modifiées, déformées, mais elles demeurent reconnaissables. Ce procédé n'est d'ailleurs pas aussi anormal qu'il pourrait, tout d'abord, sembler. Les mutations à cause de mort ne sont pas, en effet, soumises à publicité et lorsque la succession est *ab intestat*, l'héritier véritable a pris possession des immeubles, mais son titre est immatériel puisqu'il consiste dans son lien de parenté avec le défunt. Le fait essentiel est, à l'égard des tiers, cette prise de possession non contestée. Son importance est, d'ailleurs, moins grande quand la succession est testamentaire car en ce cas, il existe un titre qui présente une certaine valeur bien qu'il n'ait pas été publié.

Aussi ne faut-il pas s'étonner des règles créées par la Jurisprudence lorsque l'héritier est apparent. Il était normal que fussent transposés dans cette hypothèse les errements pratiqués aux cas de successions régulièrement dévolues.

Quand la succession apparente est *ab intestat* les tribunaux se contentent d'une détention des immeubles prolongée pendant un certain temps. Quand la succession est testamentaire le titre est parfois jugé suffisant pour établir la situation apparente; cette solution est, cepen-

dant, exceptionnelle; dans la plupart des cas, il est nécessaire qu'un certain délai se soit écoulé.

Mais la seule détention, même accompagnée d'un titre qui peut sembler conforme, n'est pas suffisante. Il lui faut remplir une autre condition. Pour que la prescription acquisitive soit possible, il est indispensable que la possession ne soit pas frappée de *précarité* c'est-à-dire que le possesseur ne soit pas déjà détenteur du bien à un autre titre que celui de propriétaire, tel que fermier, locataire (art. 2240 C. civ.). Cette règle capitale en matière de prescription a été transposée au cas de succession apparente. Il est nécessaire que l'héritier apparent ne soit pas éliminé de la succession par une règle positive. C'est ainsi qu'il a été jugé (1) que « les frères de la mère naturelle » ne peuvent être estimés héritiers apparents; la famille naturelle, en effet, ne remonte pas au delà du père et de la mère, il n'y a donc entre la famille de ceux-ci et l'enfant aucun lien légal; par suite, quoiqu'il arrive, un « oncle naturel » n'a aucune vocation à la succession; une disposition expresse de la loi s'oppose à ce qu'il ait Apparence.

Cette question se présente d'ailleurs très rarement; au point de vue pratique beaucoup plus importantes sont les autres conditions; elles se ramènent à ceci : la détention doit présenter deux qualités, *la notoriété et l'absence de contestation*.

Quand il lui faut préciser ces deux idées, la Jurisprudence n'est pas sans présenter un certain nombre de variantes, peu importantes d'ailleurs, « possession publi-

1. Colmar, 18 janvier 1850, S. 1851.2.533.

que, paisible... non contestée (1)... possession publique, notoire et non contestée (2)..., succession ostensiblement appréhendée, publiquement et notoirement administrée, sans contestation aucune (3). Il ne s'agit, d'ailleurs, pas de simples exigences théoriques, la notoriété peut être jugée insuffisante : « la possession de la veuve P..., comme *seule et unique* héritière de sa sœur décédée n'avait pas une notoriété suffisante pour dispenser de prendre des renseignements et pour justifier l'erreur des époux G... » (4); il en est ainsi notamment quand « d'autres héritiers *peuvent* être connus sans que leurs qualités et leurs droits dans la succession aient été contestés » (5). Il est évident qu'en ce cas, l'apparence, si elle existe dans l'esprit du tiers, ne peut être que le résultat de sa négligence, alors qu'au contraire, la notoriété de la situation doit être telle qu'elle provoque une erreur commune invincible « contre laquelle aucune prudence humaine ne peut prémunir les tiers » (6). Cependant les caractères que doit présenter cette notoriété semblent s'être considérablement atténués, car il a été récemment décidé que « *si les acquéreurs pouvaient connaître l'existence des mineurs L..., ils ignoraient leur qualité d'héritier* » (7). Nous sommes très loin de l'invincible erreur telle que la définissait l'arrêt du 3 juillet 1877 (précité), d'autant plus que les faits de l'espèce, pour être

1. Montpellier, 11 janvier 1830, S. 1833.2.454.

2. Civ., 26 août 1833, S. 1833.1.737.

3. Rouen, 25 mai 1839, S. 1839.2.451.

4. Req., 4 août 1885, S. 1886.1.120, D. P. 1886.1.310.

5. Civ., 14 août 1840, S. 1840.1.753.

6. Req., 3 juillet 1877, D. P. 1877.1.429, S. 1878.1.38.

7. Req., 6 janvier 1930, D. H. 1930.49.

quelque peu compliqués, n'étaient pas inextricables. Cette décision de la Chambre des Requêtes est un exemple de plus à ajouter à la liste déjà longue des espèces où l'Apparence est très facilement acceptée par les tribunaux; elle accentue la tendance, en l'appliquant à un domaine autre que ceux où nous avons fait la même constatation.

91. — A ces considérations générales s'ajoutent, quand intervient un acte juridique, un certain nombre d'exigences; l'hypothèse la plus favorable à l'acquéreur est celle où le testament a été révoqué par une disposition ultérieure qui n'est pas connue (1); il est vraiment alors possible de parler d'erreur invincible et les héritiers sont presque certainement coupables de négligence. Cependant, il n'en est pas toujours ainsi; il est bien rare que le titre, testament ou parfois donation, présente le même aspect de régularité que dans l'affaire de la Boussinière (2) où le testament avait été reconnu valable par les tribunaux après vérification d'écritures. Il arrive même que le titre qui est à la base de la succession apparente n'ait pas été suffisant pour conduire son titulaire à une prescription par possession abrégée (3). Malgré cela, la Jurisprudence, entraînée par le courant qu'elle a créé a affirmé qu'il y a Apparence, même en ce cas.

Mais elle ne s'est pas contentée de l'établissement de cette situation de fait même corroborée par un acte nul; elle exige que cette situation se soit prolongée pen-

1. Req., 3 juillet 1877, *précité*.

2. Civ., 26 janvier 1897, S. 1897.1.313 noté de TISSIER, D. P. 1900.1.33, note de SARRUT.

3. Toulouse, 5 mars 1833, S. 1833.2.516 et 21 décembre 1839, S. 1840.2.168.

dant un certain temps sans être troublée. C'est encore une application de l'idée de faute, les héritiers ont été négligents en ne révélant pas assez rapidement leur existence.

Le délai qui doit s'écouler pour que la consolidation soit suffisante *à l'égard des tiers*, est extrêmement variable; il arrive même que l'arrêt ne révèle pas le laps de temps écoulé (1)..., un long temps..., plusieurs années... Quand, au contraire, la durée de la détention est mentionnée, on s'aperçoit qu'elle oscille entre onze ans (2), et plus de deux ans (3); ce délai descend même à un an (4); mais il s'agit, dans l'espèce, d'une cession de créance opérée par l'héritier apparent et cette abréviation des délais est moins remarquable qu'en matière immobilière. Il ne faudrait d'ailleurs pas croire que cette exigence fut absolument arbitraire; l'idée qui la provoque est très bien indiquée dans un arrêt de la Cour d'Appel de Paris (5); après avoir refusé à un testament faux le pouvoir de créer une situation apparente il ajoute que « lorsque la fille H..., a grevé les immeubles de la succession de l'hypothèque dont P..., réclame les effets, il ne s'était pas écoulé *quatre mois* depuis l'époque de son ouverture, *temps insuffisant pour instituer une possession publique et sans trouble à titre d'héritier ou de légataire...*, que d'autre part les héritiers, dont quelques-uns très éloignés du lieu de la succession, ne sont pas restés dans l'inaction *et qu'il n'y a de leur part ni*

1. Req., 3 juillet 1877, *précité*.

2. Montpellier, 11 janvier 1830, S. 1833.2.454.

3. Civ., 13 mai 1879, D. P. 1879.1.417, S. 1880.1.26.

4. Paris, 29 janvier 1848, S. 1848.2.159.

5. Paris, 16 mars 1866, S. 1866.2.337.

retard ni négligence dans l'exercice de leurs droits. » Il semble bien qu'un long temps aurait pu rendre légitime aux yeux des tiers une détention basée sur un testament faux. C'est en ce sens d'ailleurs que s'était prononcée la Chambre des Requêtes dans une affaire un peu ancienne (1) où le testament qui créait la situation apparente était faux pour vice de forme.

Le temps intervient pour renforcer et accroître la tranquillité de la détention. La situation *extérieure* de l'héritier ou du légataire qui semble inattaquable se consolide encore peu à peu par l'écoulement d'une longue période. Le temps crée autour du successeur apparent une ambiance toujours plus favorable, car plus les années passent et moins il est vraisemblable que la situation soit, un jour, contestée. L'acquéreur ne songe même plus à s'enquérir de l'existence d'autres héritiers, sa vigilance n'est plus mise en éveil sur ce point particulier.

Cette jurisprudence est-elle, en réalité, aussi chaotique qu'elle semble l'être de prime abord? N'y aurait-il vraiment que des cas d'espèces sans lien entre eux?

Nous ne le pensons pas. La règle générale est sujette à des fluctuations issues de divergences d'appréciation. Cette constatation n'est pas faite pour nous étonner, car nous n'ignorons pas que dans des matières réglées par la loi, il y a place pour des interprétations nombreuses, même divergentes. Mais, il convient de ne pas s'inquiéter outre mesure des différences considérables qui existent dans l'appréciation du temps nécessaire pour créer

1. Req., 4 août 1875, S. 1876.1.8, D. P. 1876.1.123.

l'Apparence; ordinairement, en effet, le laps de temps écoulé jusqu'au moment de l'aliénation est jugé suffisant.

Ces solutions créent évidemment quelque incertitude mais il est vraiment exagéré de prétendre que « l'efficacité de la théorie jurisprudentielle est à cet égard si réduite, à cause de l'incertitude sur ce qu'il faut entendre par successeur apparent, qu'elle laisse, en réalité, les tiers dans l'insécurité même contre laquelle elle a voulu les protéger » (1).

§ 2. — *La Propriété mobilière.*

92. — La possession joue en cette matière un très grand rôle et constitue l'élément matériel indispensable à la création d'une situation apparente.

A cause de cette importance même, il est essentiel d'observer dès maintenant que deux possessions successives sont nécessaires pour que la théorie de l'Apparence soit applicable :

1^o La possession qui permet au titulaire du droit apparent de propriété de paraître vraiment propriétaire.

2^o La possession qui donne au tiers acquéreur la maîtrise de la chose.

A cette observation doit s'ajouter la distinction que nous avons déjà formulée (nos 16 et 17) : le meuble a-t-il été ou non perdu ou volé?

La combinaison de ces deux remarques présente le plus grand intérêt.

1. LAMY. *De la Protection des tiers acquéreurs d'immeubles en cas de résolution du titre de leur auteur*, thèse Paris, 1904, p. 198.

1^o Quand le meuble n'a été ni perdu ni volé les deux possessions indispensables à la création de l'Apparence sont de *même nature*.

2^o Quand le meuble a été perdu ou volé, la possession du tiers demeure la même que dans l'hypothèse précédente. Celle du propriétaire apparent doit, au contraire, présenter des caractères de vraisemblance plus puissants qu'à l'ordinaire.

93. — I) Quand le meuble n'a été ni perdu ni volé, pour que le tiers de bonne foi acquière un droit immédiatement consolidé il faut et il suffit que le vendeur soit en possession du meuble et que celle-ci soit transférée à l'acheteur après l'opération.

« Qu'est-ce que la possession, sinon précisément l'apparence et l'extériorité, aux yeux des tiers, d'un droit présumé?... La possession est la publicité à l'état brut et inorganique, sous sa forme élémentaire et naturelle, telle que la vie nous la présente (1). »

En quoi consiste cette possession? Quels éléments doit-elle réunir pour qu'un tiers puisse être trompé? Elle ne s'accompagne évidemment d'aucun titre conforme ou mieux elle s'accompagne toujours d'un titre qui lui donne une qualification précise, qui fait du prétendu possesseur, un détenteur précaire : dépositaire, gagiste, emprunteur. D'une façon plus générale, « le vendeur est un possesseur pour autrui » (2). Quant au tiers de bonne foi, il se mettra en possession soit à titre de propriétaire, soit à titre de créancier gagiste; peu importe, le fait seul compte.

1. SALEILLES, *De la Possession des Meubles*, Paris, 1907, p. 67.

2. SALEILLES, *op. cit.*, p. 73.

Cette possession est, dit-on *réelle*; elle se ramène au fait purement matériel qu'une personne détient une chose. Mais c'est là une affirmation trop large. Il existe, en effet, des individualités juridiques dont le titre est tellement connu qu'elles ne peuvent jamais être estimées possesseurs des meubles qu'elles détiennent. Il en est ainsi notamment des compagnies de navigation ou des compagnies de chemins de fer; la raison qui explique pourquoi le meuble est dans leurs magasins ou leurs moyens de transports est trop évidente pour pouvoir prêter à confusion.

94. — N'y a-t-il pas d'autres modes de possession qui soient l'équivalent de la détention matérielle du meuble? Ne pourrait-on pas imaginer des signes représentatifs de la possession? Ils permettraient à celui qui en serait nanti d'être *apparemment propriétaire* de la chose comme s'il avait la possession matérielle de celle-ci.

Les instruments de possession symbolique sont nombreux dans le droit moderne; nous n'en retiendrons que les principaux, tels que les connaissements, les lettres de voiture et les warrants. Ils représentent la marchandise; la possession du symbole équivaut à la possession de la chose.

L'article 92 al. 2 (C. comm.) le déclare formellement : « Le créancier est réputé avoir les marchandises en sa possession, lorsqu'elles sont à sa disposition dans ses magasins ou navires, à la Douane ou dans un dépôt public, *ou si avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un connaissement ou par une lettre de voiture.* »

En droit maritime, la possession symbolique est extrêmement répandue. Une marchandise embarquée est très

souvent négociée en cours de transport. L'endossement du connaissement à l'acheteur met celui-ci en possession de la chose (1).

Cette situation ne peut soulever de conflit que dans les hypothèses où le même objet aurait été négocié plusieurs fois par les mêmes procédés. Au moment de l'embarquement, en effet, le chargeur peut détenir deux connaissements. Malgré la négociation de l'un d'eux il *paraît* encore propriétaire. Enfin, les endossataires des connaissements sont également *propriétaires apparents* de la chose et peuvent à leur tour la vendre et endosser leur titre à des tiers.

Le conflit s'élève entre individus ayant acquis de propriétaires également apparents. Leurs titres sont identiques.

S'ils se présentent simultanément pour recevoir livraison de la marchandise, une seule cause de préférence existe *la priorité de date* : sera mis en possession réelle le porteur du connaissement qui aura été le premier endossé. Mais, la situation est plus complexe quand le porteur du connaissement endossé en second lieu, se présente le premier pour demander la livraison de la chose et en obtient *la possession matérielle*.

Une possession symbolique et une possession réelle s'opposent. Laquelle des deux doit l'emporter? Des raisons de droit et de fait exigent que la prééminence soit accordée

1. PERROUD. *Situation d'un porteur de bonne foi d'un connaissement frauduleusement négocié à des personnes différentes*. Ann. Drt. comm., 1906, p. 168 et s.; RIPERT. *Droit maritime*, 3^e éd., 1929, t. II, n^{os} 1909 et s. Cf. Req., 28 juin 1908, Drt. marit. fr. 1928.385 et les références citées.

à la possession réelle (cf. art. 1141 C. civ.). « Il n'est pas nécessaire, en effet, pour invoquer la maxime « en fait de meuble possession vaut titre », que la remise de la possession soit contemporaine de la création du titre; il suffit que le possesseur actuel croit régulièrement tenir la chose du véritable propriétaire. C'est bien la situation du second porteur (1). » Enfin, cette solution permet d'avantager le porteur le plus diligent alors que « la solution contraire aurait le grave inconvénient d'autoriser une revendication mobilière par un porteur négligent longtemps peut-être après la délivrance » (1).

Dans les transports terrestres la lettre de voiture constitue également un procédé de possession symbolique (cf. art. 92, al. 2, C. comm.). La pratique a d'ailleurs admis qu'il en était de même pour le récépissé.

Ces règles n'ont d'intérêt que dans les rapports entre expéditeur et destinataire; est maître de la marchandise celui qui en détient le titre représentatif (2). Aucune transaction sur marchandise en cours de route ne s'opère, en effet, par négociation de la lettre de voiture ou du récépissé. Ce dernier titre est nécessairement à *personne dénommée*; quant à l'autre il présente, en fait, la même forme bien qu'il puisse être à ordre si la demande en était faite au transporteur (2). Toute opération sur les marchandises devrait par suite être conformément à l'article 1690 (C. civ.) ou signifiée à la Compagnie ou acceptée par elle; ce serait une cause de lenteur et de complication.

1. RIPERT, *op. cit.*, n° 1936 *in fine*.

2. JOSSEERAND. *Les Transports*, 2^e éd., Paris, 1926, n° 389.

Aussi « malgré son aptitude représentative et à raison de son inaptitude à la circulation, le récépissé délivré par les compagnies de chemin de fer se prête-t-il aussi peu que possible aux transactions sur marchandise en cours de route » (1). Une lettre de voiture à ordre, au contraire, pourrait jouer le même rôle que le connaissement; elle pourrait créer une situation apparente si un faux endos y était inséré. Mais il n'est pas à prévoir de modifications dans ces pratiques, car les transports intérieurs se font dans des délais trop courts pour que les titres qui représentent les marchandises aient vraiment le temps de circuler.

Le warrant, enfin, est-il un titre représentatif; sa détention équivaut-elle à la possession matérielle de la chose warrantée?

La question se pose dans les circonstances suivantes : un commerçant dépose des marchandises dans un magasin général; il lui est délivré un récépissé et un warrant, le premier constatant le dépôt, le second permettant la mise en gage. L'un et l'autre de ces titres peuvent être négociés par le déposant. Mais le warrant est le titre qui normalement représente la marchandise et quand un conflit s'élève entre un porteur du récépissé et un porteur du warrant c'est celui-ci qui l'emporte (2).

Le caractère représentatif du warrant a été mis particulièrement en lumière dans une affaire relativement récente (3) : « Un nommé Dh. avait vendu à D. soixante

1. JOSSE RAND, *op. cit.*, n° 403.

2. Civ., 1^{er} mai 1901, D. P. 1901.1.289, S. 1902.1.261.

3. Civ., 23 avril 1918, D. P. 1918.1.33, note de M. CAPITANT.

tonneaux de vin; celui-ci les avait revendus à O. C. qui en avait payé le prix mais les avait laissés dans les chais de Dh...; en garantie de prêts à lui consentis, D. a remis *sur ces mêmes vins* à P., des warrants agricoles régulièrement transcrits. » Le conflit s'est élevé entre l'acheteur c'est-à-dire O. C. en l'espèce et le porteur du warrant P. La Cour de Cassation a estimé que « *le warrant agricole rendu public par la transcription est la représentation légale de la chose warrantée et confère au porteur une possession équivalente à la possession réelle*; qu'en conséquence le porteur de bonne foi, en vertu de l'article 2279, al. 1^{er} (C. civ.) est fondé à opposer son titre à l'acquéreur qui ne peut exciper d'une mise en possession antérieure ».

Pour qu'un tiers de bonne foi devienne titulaire d'un droit — propriété ou gage — sur un meuble il est donc nécessaire qu'il en ait la possession. Mais il n'est pas besoin que celle-ci soit une possession *réelle*, directe. Des procédés symboliques de possession — connaissances, warrants, éventuellement lettres de voitures — permettent en effet à ce tiers de bonne foi de remplir les conditions exigées pour que la théorie de l'Apparenceleur soit applicable. De même, au moins en cas de transports maritimes, il suffit que le chargeur présente un connaissance à son ordre pour « paraître » propriétaire, bien qu'il ait déjà vendu sa marchandise.

N'est-il pas d'autres moyens de possession indirecte qui permettraient de faire croire que celui qui les détient est le propriétaire de la chose ou qui constitueraient une mise en possession suffisante? Ils seraient certainement moins probants que ceux précédemment signalés; il est, en effet,

impossible de découvrir d'autres symboles offrant des garanties aussi fortes que la responsabilité du transporteur par exemple.

Les clés d'un local où se trouvent les meubles ne pourraient-elles pas constituer un moyen de possession symbolique? Nous ne le pensons pas. Elles ne permettent pas, en effet, de fournir une preuve suffisamment énergique de la détention des marchandises surtout quand celles-ci sont très éloignées du lieu où se traite l'opération. Il n'est nullement établi qu'une autre personne, au même instant, n'a pas pris matériellement possession des choses mobilières en question : « Il est de l'essence de la possession vraiment réelle que deux possessions identiques de ce genre ne puissent coïncider sur le même objet : une même chose ne peut pas être possédée *réellement* pour le total et au même titre par plusieurs personnes en même temps (1). »

Ces raisons semblent pertinentes et nous ne croyons pas que la seule possession des clés d'un local soit l'équivalent de la possession des marchandises entreposées dans le dit local.

De cette brève étude, il est possible de tirer les conclusions suivantes : les instruments de possession indirecte ne peuvent collaborer à la création d'une situation apparente que dans la mesure où ils impliquent qu'un tiers *détient matériellement la chose, en étant responsable de sa conservation*. Même en ces cas, le fait matériel présente une importance considérable; car tous les instruments symboliques

A. DE FOLLEVILLE. *Traité de la Possession des Meubles et des titres au porteur*, Paris, 1875, p. 64.

de la possession n'en sont que la représentation ou mieux la preuve. Le titre ne vaut, en effet, que parce qu'il indique que le tiers a pris en charge la marchandise.

95. — II) Lorsque le meuble a été perdu ou volé, la loi établit des règles (art. 2280, al. 1^{er}) qui se rattachent à la théorie de l'Apparence puisque le légitime propriétaire est contraint pour rentrer en possession de sa chose de *payer* au tiers acquéreur le prix que celui-ci a déboursé.

Pour que cette disposition soit appliquée, il est nécessaire que le tiers ait acquis le meuble dans certaines conditions qui ont pour résultat de *renforcer en la personne du vendeur l'apparence de propriété*. Il faut qu'elles soient telles que l'acheteur n'ait aucun doute sur la légitimité de la possession. A la détention purement matérielle s'ajoute, selon les cas, ou bien un autre élément matériel : l'achat sur une foire ou un marché, ou bien un élément juridique, l'achat d'un marchand vendant des choses pareilles ou dans une vente publique. Ces différents points demandent des précisions.

Qu'est-ce qu'une foire ou un marché? La question ne se pose guère; il s'agit seulement de savoir si cette expression peut être appliquée à un certain nombre de cas, tels que les Bourses de valeurs et les Bourses de Commerce. La difficulté a été tranchée par l'affirmation, car de toutes façons il est bien évident que tous les éléments désirables de notoriété et de publicité sont réunis (1). De même, *a priori*, il semble très simple d'interpréter les mots « un marchand vendant des choses pareilles »; cependant, en certains cas,

1. AUBRY et RAU, t. II, § 183, p. 149, note 14, 5^e éd.; DE FOLLEVILLE, *op. cit.*, p. 270, texte et note.

une hésitation est possible : un changeur, une banque peuvent-ils être classés dans cette catégorie quand ils ont vendu à un tiers, avant opposition (1), un titre au porteur perdu ou volé? Après quelques hésitations, il a été admis (2) que les changeurs et les banques « pouvaient être considérés comme marchands dans le sens de l'article 2280 comme tous ceux qui font un commerce patent et public, ayant pour objet une spécialité d'affaires et autorisé soit par la loi, soit, du moins, par l'usage » (3).

Que faut-il entendre par vente publique? Pour accorder un sens à cette expression il est nécessaire de ne pas assimiler la vente publique à une vente intervenue sur une foire ou un marché. Faut-il faire de la vente publique une vente judiciaire (4)? Cette façon d'interpréter l'article 2280 al. 1^{er} est trop stricte, car il y a des ventes de meubles ordonnées par les tribunaux qui ne sont pas des ventes judiciaires. Nous réservons ce terme pour les ventes faites à la barre du tribunal. Par ventes publiques, il faut comprendre, outre celles intervenues devant un tribunal, celles qui se font par le ministère d'un officier ministériel quelconque, commissaire-priseur, notaire, huissier, greffier. Ce qui importe, c'est l'intervention d'un représentant de l'autorité publique qui donne à la vente une sécurité supérieure à celle des ventes ordinaires; de même que dans les autres hypothèses, il est impossible que le tiers acquéreur

1. Art. 14, L. 15 juin 1872.

2. AUBRY et RAU, *loc. cit.*; DE FOLLEVILLE, *loc. cit.*; PLANIOL, RIPERT et PICARD, *op. cit.*, n° 394, Paris, 19 février 1875, S. 1877.2.170, *contre* BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER. *La Prescription*, n° 905.

3. DE FOLLEVILLE, *op. cit.*, n° 143 bis, p. 278.

4. DE FOLLEVILLE, *op. cit.*, n° 142, texte et note, p. 276.

puisse soupçonner le vice de son contrat; la situation apparente est même plus solide en ce cas que dans les précédents.

SECTION II

La Représentation apparente.

96. — Un représentant peut, dans une mesure que nous avons déterminée (Nos 26 et s.) obliger la personne qu'il représente, alors même qu'il n'aurait pas de pouvoir régulier pour agir.

Pour qu'il en soit ainsi, il est nécessaire que soient réunies quelques circonstances qui permettent d'excuser l'erreur commise par les tiers. La plupart des auteurs affirment qu'il y a là une application de la maxime *Error communis*; cette opinion est indiscutable, mais elle n'indique pas suffisamment quelles sont les conditions minima qui doivent être réunies pour que l'Apparence soit efficace sous le couvert de la maxime *Error communis*.

L'apparence de représentation résulte de deux causes assez différentes et d'importance très diverse.

§ 1^{er}. — *Nomination irrégulière.*

97. — Le représentant peut avoir des pouvoirs seulement apparents, parce qu'il a été désigné par un acte irrégulier ou parce que l'organisme au nom duquel il agit est irrégulièrement constitué.

Les tribunaux ont eu à de nombreuses reprises à valider les actes passés par ces représentants.

La tutelle de fait a été sans difficulté reconnue efficace à l'égard des tiers : elle résulte ordinairement de ce que le tuteur a été nommé par une délibération, du conseil de famille entachée de nullité; en d'autres hypothèses encore, le tuteur a été régulièrement nommé, mais une autorisation spéciale lui a été accordée dans des conditions illégales. Il s'agit la plupart du temps de délibérations prises par un conseil de famille dont la composition n'était pas conforme à celle exigée par la loi. De même en est-il encore d'un tuteur légal qui est exclu, mais qui a cependant exercé ses fonctions(1).

Certains auteurs estiment que ces conditions sont insuffisantes pour qu'il y ait Apparence. Ils envisagent la question sous l'angle de la maxime *Error communis* et déclarent que celle-ci n'est vraiment applicable qu'aux cas où le tuteur a un *titre putatif*. Le terme, à lui seul, n'ajoute rien à ce que nous avons déjà dit, car on peut estimer titre putatif le titre du tuteur dans les hypothèses que nous avons déjà énumérées : il faut supposer qu'un « ascendant s'est mis à la tête des affaires du mineur en vertu de l'article 402 du Code civil. Mais, plus tard, un testament du survivant des père et mère est découvert, qui nommait à la tutelle une autre personne... Il en serait de même du tuteur datif qui aurait eu la gestion tutélaire aux lieu et place d'un tuteur testamentaire, dont la désignation serait restée quelque temps inconnue » (2). Il s'agit d'un renforcement de l'Apparence. Les auteurs qui n'appliquent la règle *Error*

1. AUBRY et RAU, t. I^{er}, § 115 note 11, p. 729, 5 éd.

2. LORY. *Etude sur la tutelle de fait*, p. 147.; PLANIOL, RIPERT et

communis que dans ces derniers cas, refusent, par contre, d'en tenir compte dans d'autres hypothèses, parce qu'« il est relativement aisé de savoir si un individu est tuteur ou non » (1) et que « la vérification du titre du tuteur est en général aisée à faire » (1). Toutes affirmations qui, pour être exactes en elles-mêmes, n'en constituent pas moins des exigences excessives. À supposer même que le tiers contractant vérifie la nomination du tuteur comment pourrait-il savoir, sans entreprendre une enquête considérable, si le conseil de famille était régulièrement composé? Les règles les plus libérales sont certainement les meilleures car, de toutes façons, le mineur est protégé par son hypothèque générale sur les biens de son tuteur; la situation du tiers contractant est certainement plus digne d'intérêt.

Ce sont exactement les mêmes principes qui sont appliqués aux administrateurs de sociétés anonymes qui n'ont pas obtenu la majorité ou qui ont été élus « par une assemblée irrégulièrement convoquée ou tenue. »

98. — Plus remarquable est l'abondante jurisprudence relative aux sociétés de fait. Ces sociétés sont nulles et cependant les tribunaux valident les actes, qu'ont passés leurs représentants avec des tiers de bonne foi. Il est, en effet, souvent très difficile pour les tiers de déceler la cause de nullité qui a pu échapper aux associés eux-mêmes (2).

SAVATIER, n° 502; SUMIEN. *Essais sur les tuteurs de fait*. Rev. trim., 1903, p. 788 et s.

1. LORY, *op. cit.*, p. 146.

2. V. HÉMAR. *Des Nullités de Sociétés et des sociétés de fait*, Paris, 1926, nos 405 et s.

Dans ces diverses hypothèses l'Apparence résulte simultanément *du titre de nomination et de l'exercice normal des fonctions*. Ce dernier élément est souvent essentiel, car en pratique, jamais personne ne s'inquiète de savoir si un administrateur de société a bien été élu par la majorité des suffrages; il remplit les fonctions normales d'administrateur c'est le seul fait qui compte. De même, aucun tiers ne songe à vérifier la composition du conseil de famille.

Il convient, cependant, d'insister sur ce point qu'il n'y a pas la plupart du temps impossibilité *absolue* de connaître la situation véritable, mais seulement de graves difficultés que ne pourrait surmonter qu'un tiers exceptionnellement diligent.

Nous attachons, en effet, une certaine importance à cette observation qui nous permettra de préciser par la suite ce qu'est la bonne foi du tiers trompé par l'apparence. La même remarque se dégage également des cas que nous allons étudier.

§ 2. — *Exercice de pouvoirs excessifs ou abusifs.*

99. — Le représentant est nommé par un acte régulier, mais il ne maintient pas son activité dans les limites qui lui avaient été imparties.

A quelles conditions ces restrictions apportées aux pouvoirs du représentant seront-elles opposables aux tiers qui auront contracté avec lui?

Si elles n'ont pas été signifiées aux tiers, elles ne sauraient être valables à leur égard; mais, en ce cas, sur

quelles bases déterminera-t-on l'étendue des pouvoirs apparents qu'exerce le mandataire?

Ce n'est pas comme il semblerait une simple question de fait. L'Apparence est régie par des règles générales suffisamment précises pour être brièvement formulées : en principe, les pouvoirs d'un mandataire sont déterminés, en l'absence ou en l'ignorance de pouvoirs spéciaux, par les habitudes du marché sur lequel il traite et d'après les coutumes de la profession qu'il exerce.

Ces règles ne sont pas toujours formulées de façon aussi précise, mais toutes les décisions s'y réfèrent en y apportant parfois quelques modifications de détail.

Nous les retrouvons presque expressément mentionnées dans un jugement récent du tribunal civil de Lille où il est dit que « B. a agi au regard de M. *dans la limite des pouvoirs ordinaires d'un architecte constructeur*; que L. ne justifie pas qu'il ait jamais avisé M. d'une restriction apportée aux pouvoirs généraux donnés à un architecte soit pour la commande des travaux, soit pour la vérification des mémoires » (1). La détermination des pouvoirs normaux dans chaque profession est relativement aisée et les tribunaux ne peuvent rencontrer sur ce point aucune difficulté.

Il convient de remarquer, dès maintenant, que le tiers qui contracte avec un professionnel n'est pas tenu de lui demander si ses pouvoirs n'ont pas été restreints. A son égard les pouvoirs normaux se présument; c'est au mandant qu'il appartient d'aviser les tiers des limitations qu'il a apportées à la capacité spéciale du mandataire.

1. Tr. civil Lille, 12 juin 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.2.645.

Parfois même il est inutile de demander à celui-ci s'il a vraiment reçu pouvoir d'agir. C'est ce qu'a jugé la Cour d'Appel de Paris dans une espèce où, indépendamment des règles professionnelles, intervenaient d'autres éléments.

Il s'agissait d'un notaire qui avait été « chargé de dresser l'inventaire après décès et de procéder à la vente du matériel de culture (1). Puis, sans avoir reçu de nouvelles instructions, *le même notaire* avait provoqué une demande en partage et en licitation. Le pseudo-mandant fut engagé « vis-à-vis des tiers et notamment de Mes P. et S. (2) pour les actes qu'a pu faire Me R. son mandataire, alors même qu'en donnant à Me P. des instructions pour former une demande en partage et en lui transmettant les pièces nécessaires, Me R. aurait excédé son mandat ». Dans cette décision, comme il arrive si souvent, l'idée de faute apporte un argument subsidiaire : le mandant a commis *une faute* en « gardant le silence » alors qu'il avait été informé des démarches entreprises par le notaire. En dehors de cette justification accessoire cet arrêt fait intervenir deux éléments distincts :

1^o) Comme précédemment les usages normaux de la profession;

2^o) *Les habitudes courantes des clients*. Il est conforme aux traditions de donner à un notaire « pouvoir général de liquider » quand il a été auparavant chargé de quelques préliminaires. Les avoués savaient, dans l'espèce, que la vente de matériel de culture et l'inventaire avaient été effectués par le ministère du notaire qui

1. Paris, 10 mai 1920, S. 1921.2.21.

2. Avoué et huissier chargés d'engager la procédure.

s'adressait à eux. Ils ont supposé que celui-ci avait reçu pouvoir formel d'agir ainsi; ils pouvaient même penser qu'un pouvoir tacite serait confirmé par le mandant, comme cela arrive dans *la plupart des hypothèses*.

Ces conditions n'interviennent pas seulement pour déterminer les pouvoirs normaux d'un mandataire quand la liberté de celui-ci est limitée par les règles coutumières d'une profession dont le respect est assuré par le contrôle d'un bureau composé de confrères; elles interviennent aussi pour délimiter les pouvoirs d'un mandataire quelconque.

100. — La question se pose plus spécialement en droit commercial : les dépassements de pouvoirs commis par des administrateurs ou des gérants de sociétés sont fréquents; de même, ceux dont se rendent coupables les mandataires chargés de traiter des achats ou des ventes, à des conditions déterminées sur des marchés parfois fort éloignés du domicile du mandataire.

L'appréciation des faits est toujours fort délicate, car les pouvoirs apparents de l'administrateur ou du gérant de sociétés sont souvent liés à la nature des opérations traitées. Quand l'affaire est nettement en dehors de celles que suscite l'activité de la société, il ne saurait y avoir de grandes difficultés : la société n'est pas responsable des actes de son gérant « car les personnes qui contractent avec une société doivent s'attendre à ce que celle-ci ne fasse que des opérations se rattachant à son objet, à ce qu'elle n'aura d'autres créanciers que des personnes ayant fait avec elles des opérations de cette sorte » (1). Par

1. LYON-CAEN, *note* au S. 1900.1.5, sous Civ. 11 juillet 1899.

contre, le problème est très grave quand les actes incriminés portent sur l'objet de la société, ou ont trait à son administration normale. Qu'est-ce qu'un acte normal? A propos de chaque contrat il est nécessaire de se référer à ce critère de « normalité ». Sans doute n'est-il pas extrêmement précis et ne permet-il pas de donner une solution ferme à toutes les questions. Mais, dans la grande majorité des cas, il suffit pour déterminer si la société doit ou non être tenue des obligations contractés par son représentant.

La difficulté est née de ce fait que les articles du code civil, du code de commerce ou des lois complémentaires ne définissent pas l'acte d'administration : les articles 1856 à 1862 du Code civil, 24 du code de commerce, 22 de la loi du 24 juillet 1867 demeurent dans les généralités; la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée dans son article 24 al. 2, *in fine*, apporte une innovation très grave en disposant que « toute limitation contractuelle aux pouvoirs des gérants est sans effet à l'égard des tiers »; mais, ne précisant pas ce qu'il faut entendre par pouvoirs des gérants, elle renvoie au droit commun.

Le problème se pose quand les statuts sont muets sur les attributions des gérants ou ne contiennent que des indications vagues. Il se pose aussi quelquefois quand les statuts renferment des restrictions *régulièrement publiées* et, par suite, opposables aux tiers; cependant, en certains cas, *quoique publiée*, la limitation de pouvoirs est sans effet à l'égard de certains tiers alors même que la société n'est pas à responsabilité limitée.

Qu'est-ce qu'un acte normal d'administration? Nous

ne songeons pas à énumérer tous les actes que nécessite le fonctionnement d'une société; il nous suffira de quelques exemples particulièrement typiques.

Dans une espèce récente (1) un achat de vins avait été effectué par le directeur gérant d'un café important. Cette opération excédait les pouvoirs que les statuts avaient accordés au directeur. Quoique l'arrêt, ne mentionne pas expressément que la clause restrictive avait été publiée, les détours de son argumentation font supposer que la loi avait été observée sur ce point (2). La Chambre des Requêtes, pour maintenir l'opération, invoqua *la faute* commise par les administrateurs en laissant pleine liberté au directeur-gérant. Mais ces considérations n'expliquent pas l'absence de faute chez les tiers vendeurs; d'autres arguments doivent intervenir : il entre dans les pouvoirs sainement compris d'un directeur-gérant de faire seul les achats de matières premières. Il serait inadmissible qu'un marché de matières premières ne fût pas de la compétence d'un administrateur, alors que ce marché est conforme à l'objet de la société et ne contient aucune clause contraire aux habitudes générales. Sur cet arrêt de la Chambre des Requêtes nous aurons, par la suite, des explications complémentaires à fournir qui n'entrent pas dans le cadre de l'étude spéciale des pouvoirs normaux d'un gérant ou administrateur de société.

1. Req., 14 janvier 1920, S. 1920.1.272, *Gaz. Pal.*, 1920.1.396.

2. En effet, si la clause restrictive n'avait pas été publiée, pour valider les actes passés par le directeur gérant il aurait suffi de s'en tenir au défaut de publicité. Du silence de l'arrêt nous inférons que la clause restrictive avait été l'objet d'une publicité régulière.

Dans une affaire postérieure, un arrêt (1) a apporté certaines précisions à la notion de « normalité ». Il s'agissait dans cette espèce, d'un emprunt sur gage contracté par l'administrateur délégué d'une société anonyme; d'après les statuts, régulièrement publiés, les pouvoirs de l'administrateur étaient limités à l'administration courante; les emprunts importants étaient réservés au conseil d'administration. Même abstraction faite de la mesure de publicité, l'opération n'aurait pu être validée. De toute évidence, il s'agissait d'une mesure révélatrice d'un ébranlement au moins temporaire du crédit de la société et susceptible d'entraîner de grosses conséquences.

Une société prospère mais momentanément gênée dans sa trésorerie peut espérer obtenir des ouvertures de crédit sans avoir à fournir des garanties. Négocier un emprunt sur gage est donc une opération présentant un caractère particulièrement sérieux. Il semble normal que l'administrateur délégué chargé des opérations courantes n'ait pas le pouvoir de traiter une semblable affaire. Les usages du monde des affaires sont en ce sens; tout au plus est-il admis « que des emprunts à court terme pourraient être déclarés valables s'ils étaient peu importants et en rapport avec les besoins de l'administration » (2). Dans ces conditions, l'administrateur délégué ne pouvait être le représentant *apparent* de la société, puisque l'opération qu'il négociait sortait des attributions ordinaires; pour établir

1. Req., 10 avril 1922, D. P. 1923.1.176.

2. HOUPIN et BOSVIEUX, t. I^{er}, n° 258, 6^e éd.; dans le même sens, LACOUR et BOUTERON, n° 280; THALLER et PIC, n° 476.

sa capacité spéciale qui ne pouvait se présumer, il aurait dû apporter un « pouvoir ».

L'opération qui suscite le plus de difficultés est, sans conteste, la signature des lettres de change, aussi bien en cas d'excès que d'abus de pouvoir.

La lettre de change est dans les relations commerciales, l'un des instruments de paiement les plus répandus. La signature d'un représentant est-elle opposable à la société par un tiers porteur? On admet, sans soulever d'objection, qu'il entre dans les attributions normales d'un gérant ou administrateur « *d'émettre, endosser, négocier et renouveler, tous billets à ordre, lettres de change, chèques, warrants, lettres de voitures et connaissements, accepter des lettres de change tirées sur la société* » (1).

Qu'advient-il quand une clause des statuts restreint les pouvoirs du représentant de la société? Parce qu'elle a été publiée est-elle nécessairement opposable aux tiers? En partant de cette notion de « normalité » le représentant de la société ne peut-il pas avoir des pouvoirs *apparents malgré la mesure de publicité*?

C'est ce que la Chambre des Requêtes a eu l'occasion de décider (2). Le directeur de la succursale lyonnaise d'une société anonyme dont le siège était à Paris, avait signé

1. HOUPIŒ et BOSVIEUX, *loc. cit.*

2. Req., 21 mars 1910, S. 1913.1.297; dans cet arrêt il est expressément indiqué que la publicité avait été régulièrement effectuée. On pourrait peut-être y voir une application très lointaine de la responsabilité des commettants pour les faits de leurs préposés (art. 1384, al. 4, C. civ.). Cette manière de voir a été formellement adoptée par le tribunal de commerce de la Seine (18 janvier 1924, *Gaz. Tr.*, 1924.2.590). Elle a l'avantage d'établir toute cette jurisprudence sur une base juridique des plus solides.

des traites sur du papier à en-tête de la société Le directeur commettait à la fois un abus et un excès de pouvoir — nous négligeons à cette place l'abus de pouvoir. Il fut décidé que « la société litigante était responsable de l'acte de son représentant qui avait agi dans l'exercice de ses fonctions alors même qu'il aurait excédé son mandat tel qu'il est déterminé, comme le prétend le pourvoi, par le titre de sa nomination *et les statuts de la société* ». Il n'est fait aucune allusion à la publicité; mais si la clause restrictive avait été publiée, il aurait été superflu de chercher d'autres arguments pour justifier cette décision. Il nous semble que cet arrêt reconnaît que la signature des traites entre dans les attributions *normales* d'un directeur de succursale et par suite, *a fortiori*, d'un gérant ou d'un administrateur; quant aux modifications apportées aux fonctions normales elles seraient sans effet à l'égard des tiers *malgré la mesure de publicité*. C'est bien le système de l'article 24 al. 2. de la loi du 7 mars 1925; il a pour but de faciliter la rapidité des affaires et, indirectement, augmenter le crédit des sociétés. (Cf. n° 28. *bis*).

101. — Quand le mandataire est, non plus un gérant de société, mais un représentant spécial chargé exclusivement d'une fonction déterminée, de quels faits résulte l'apparence de pouvoirs?

Sur le marché intérieur le problème est relativement simple : il a été admis récemment (1) qu'un mandataire révoqué conservait, apparemment, ses pouvoirs quand le mandant n'avait pas informé le public de la révocation

1. Poitiers, 9 mai 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.2.109.

intervenue. Le mandant n'avait pas veillé à ce que fussent enlevées, les plaques, enseignes, etc... qui révélaient aux tiers les pouvoirs du mandataire. Dans ces conditions, celui-ci en traitant dans *les limites de ses pouvoirs apparents*, avait obligé ses anciens mandants. Le marché qu'il avait passé était conforme aux usages de sa profession et aux habitudes du marché sur lequel il traitait; cette condition était absolument indispensable; si elle n'avait pas été réalisée le contrat n'aurait pas été valable. Les tribunaux attachent en effet une très grande importance à cette conformité (1). Elle constitue un élément indispensable de la situation apparente. Si le mandataire prenait des engagements qui dépassent en étendue ceux que *normalement* un représentant peut prendre, le tiers devrait concevoir des doutes sur la régularité de l'opération qu'il traite. Quant aux usages et aux habitudes, ils varient évidemment d'une profession à l'autre et souvent dans une même profession d'une région à l'autre. Mais la preuve en est relativement aisée et il appartient au mandant de prouver que le contrat litigieux n'a pas été conclu dans des conditions « normales ». Il s'agit là d'une pure question de fait au sujet de laquelle il est inutile de fournir des exemples puisqu'ils ne permettraient pas de formuler une règle tant soit peu générale.

Cependant, une observation s'impose : sur le marché métropolitain la personnalité du mandataire, sa situation commerciale dans une place donnée n'ont aucune influence sur l'étendue présumée de ses pouvoirs. Il en est, par

1. Poitiers, *précité*; Tr. comm. Narbonne, 12 décembre 1913, *Gaz. Pal.*, 1914.1.244.

contre, tout autrement sur le marché international ou extra-européen

La preuve des usages est plus difficile à établir; d'autre part, le mandant ne pouvant que difficilement suivre les fluctuations du marché laisse une plus grande initiative à son représentant. L'appréciation de cette initiative est des plus délicates, l'individualité du mandataire joue, en effet, un rôle considérable; il paraît d'autant plus libre que sa notoriété est mieux établie; il faut tenir compte de l'état d'esprit local pour déterminer l'étendue de ses pouvoirs apparents.

La Cour d'Alger, dans une affaire déjà ancienne, eu à s'occuper des excès de pouvoir commis par un mandataire chargé d'acheter des blés pour une maison ayant son siège en Europe. La maison était connue des producteurs et jouissait d'un gros crédit. Par suite des circonstances, le mandataire avait, d'autre part, sur les lieux de ses opérations, une situation personnelle dont l'importance et l'indépendance présumées ne concordaient qu'imparfaitement avec les instructions qu'il recevait et les comptes qu'il était tenu de rendre. Mais cette situation véritable restait ignorée des tiers vendeurs et c'est le point important, d'autant plus que la situation apparente du mandataire pouvait s'accorder avec les habitudes de la région. En tenant compte de ces considérations, la Cour d'Alger fut amenée à décider que « les instructions non portées à la connaissance des vendeurs demeuraient pour eux sans valeur et sans effet; que les marchés continuaient à régulièrement se conclure avec D., à la condition de ne pas ouvertement excéder *les pouvoirs apparents très larges*

que vis-à-vis d'eux, D.. exerçait ostensiblement du chef de ses mandants; que très raisonnablement appréciés ces pouvoirs comprenaient incontestablement ceux de traiter avec les propriétaires de grains aux prix courants et à des conditions qui ne heurtaient pas absolument les habitudes des contractants et celles du marché (1).» Plus récemment, la Cour d'Appel de Paris s'appuya sur des arguments quelque peu différents (2). Dans cette espèce on ne pouvait faire que subsidiairement appel « aux habitudes du marché » : l'élément dominant était la personnalité du prétendu mandataire, grand brasseur d'affaires qui avait déjà fondé un certain nombre de sociétés ou d'exploitations; au moment des opérations litigieuses « il était depuis cinq ans installé à Madagascar où sa fiévreuse et débordante activité... lui avait procuré une situation exceptionnelle qui a déterminé tous les vendeurs de matériel de transport à envisager C... comme étant le représentant dûment autorisé de la maison P.. et C^{ie} ».

Il en résulte que les pouvoirs effectifs du mandataire ne sont pas ceux que lui a véritablement donnés son mandant, mais plutôt ceux qui lui auraient été conférés si le mandant avait tenu compte des « habitudes du marché » sur lequel le représentant devrait traiter. Il se produit alors un véritable phénomène de mimétisme juridique, en définitive utile au mandant lui-même, car, s'il n'en était pas ainsi, son représentant ne pourrait que difficilement traiter dans un pays dont les procédés sont quelque peu différents de ceux correspondant aux instructions reçues par le mandataire.

1. Alger, 7 juin 1899, D. P. 1901.2.181.

2. Paris, 14 février 1911, *Gaz. Pal.*, 1911.2.92.

§ 3. — *La Concubine.*

Mandataire de l'association pseudo-matrimoniale.

102. — Dans les hypothèses que nous avons groupées (cf. n° 32), nous savons que le but à atteindre est de permettre aux tiers de rendre le concubin et la concubine responsables des dépenses que celle-ci a engagées pour l'entretien de leur association. Quels sont les éléments qu'il est nécessaire de réunir pour que les tiers puissent croire se trouver en présence d'une femme mariée agissant dans les limites de son mandat domestique?

La concubine doit avoir les apparences juridiques de la femme mariée; il s'agit d'une simple situation de fait; mais elle correspond *ordinairement* à une situation de droit conforme; les tiers admettent que la concordance existe *toujours*.

Pour qu'il y ait apparence de mariage, il est nécessaire et suffisant que deux éléments, complémentaires l'un de l'autre, soient réunis : *la cohabitation régulière et la similitude de nom*.

La cohabitation est surtout importante dans les relations de quartier pour les fournitures courantes, ou quand il y a livraison de marchandises à domicile. Cette cohabitation s'établit non seulement par la preuve directe du fait, mais encore par des actes juridiques usuels... « que B... est locataire de l'appartement dans lequel demeure la dame A... où les marchandises litigieuses furent apportées; que la feuille des contributions, l'abonnement au gaz et la police d'assurance sont en son nom..., que celui-ci vit mari-

talement avec la dame A... et, par voie de conséquence, c'est à bon droit que les fournisseurs lui réclament le prix des marchandises livrées sur la demande de sa concubine dans l'appartement qu'il a loué (1) ». Parfois, ce n'est pas, à proprement parler, la cohabitation qui intervient, mais la présence simultanée des deux concubins chez les fournisseurs (2).

La cohabitation et cette présence simultanée seraient insuffisantes à établir une apparence de mariage si elles n'étaient pas complétées par *l'unité de nom*; celle-ci résulte, ou du fait de la seule concubine (3), ou, ce qui est encore plus probant, du concubin lui-même (4); parfois cette unité de nom est prouvée par la correspondance ou reçue ou envoyée.

L'apparence est souvent créée par la combinaison de ces divers éléments et devient encore plus vraisemblable; « qu'en effet De... et la demoiselle L..., se sont constamment présentés chez leurs fournisseurs comme époux légitimes; que dans sa correspondance avec la dame Da... la demoiselle L... signait du nom de De..., tandis que, de son côté, De... adressait à la maison Da... des lettres où il parlait de *sa* femme (5) ».

Il est évident que, dans cette espèce, il était bien difficile aux fournisseurs de ne pas croire que l'apparence corres-

1. Tr. civ. Seine, 10 juillet 1912, *Gaz. Tr.*, 1912 (2^e sem.), 2.377.

2. Paris, 21 novembre 1923, *Gaz. Pal.*, 1924.1.187.; Tr. civ. Nice, 27 octobre 1909, D. P. 1912.2.216.

3. Tr. civ. Seine, 10 décembre 1901, D. P. 1904.2.233 (apparence rejetée par suite des soupçons des tiers); Tr. civ. Bordeaux, 9 février 1914. Rec. Bordeaux, 1914.3.24.

4. Paris, 21 novembre 1923, *précité*.

5. Paris, 21 novembre 1923, *précité*.

pondait à la réalité juridique. Il aurait évidemment été possible de déceler la fraude; le procédé était extrêmement simple, mais, en fait, impraticable à l'égard des clients à raison de son caractère vexatoire : il aurait suffi de leur demander de présenter soit leur acte de mariage, soit leurs actes de naissance en marge desquels aurait dû figurer la mention de leur mariage.

Une fois de plus nous constatons que la loi mettait à la disposition des intéressés un moyen très simple de contrôle; ils ne l'ont pas utilisé parce qu'il n'entre pas dans les usages de la vie courante de s'en servir; le procédé légal est inefficace en pratique, non pas parce qu'il est mal adapté, mais parce qu'il est jugé contraire à la courtoisie. Ce sont ces considérations que les tribunaux ont retenues pour faire échec à la loi, sous le couvert de la faute qu'aurait commise le concubin.

Ces solutions sont utiles, c'est leur meilleure justification; *en droit pur*, elles seraient inexplicables; mais elles sont issues de considérations pratiques et ne seront sans doute pas abandonnées; il y a en effet une tendance, en Jurisprudence, à accorder de plus en plus au concubinage les effets d'un mariage régulier, même entre les concubins (1) et *a fortiori* à l'égard des tiers.

1. Cr., 26 novembre 1926, D. P. 1927.1.73, note de M. LALOU, S. 1227.1.273, note de M. ROUX; Cr., 28 février 1930, D. H. 1930.197. — Lyon, 23 octobre 1929, D. P. 1929.2.169, note de M. VOIRIN, S. 1930.2.4.

APPENDICE

LE DOMICILE APPARENT

103. — Le domicile apparent résulte presque exclusivement d'une *situation de fait*. Celle-ci est d'ailleurs variable à l'infini et son appréciation ne peut guère tomber sous le contrôle de la Cour suprême (1).

Les faits créant l'apparence de domicile sont quelque peu différents selon qu'il y a *changement de domicile* ou *pluralité de résidences saisonnières*.

Le transfert de domicile s'infère des faits les plus divers, et notamment de l'établissement du ménage (2), du paiement de la contribution mobilière (depuis la réforme fiscale, la déclaration de revenu suffirait sans doute), de l'exercice permanent d'un commerce ou d'une industrie, des achats de fournitures (3). Parfois encore, il peut y avoir discordance entre le domicile et le principal établissement industriel (4).

Les dernières espèces se présentent sous un aspect un peu différent : il ne s'agit plus d'apprécier s'il y a eu ou

1. Req., 4 août 1896, D. P. 1897.1.605, S. 1900.1.505; Civ., 9 mai 1904, D. P. 1909.1.258.

2. Req. 11 mai 1887, S. 1887.1.376.

3. Req. 7 juillet 1885, S. 1886.1.152, D. P. 1887.1.12; Req. 21 novembre 1905, D. P. 1906.1.20. — Douai, 26 octobre 1898, D. P. 1900.2.236; Tr. civ. Bordeaux, 21 février 1894, D. P. 1895.2.33.

4. Req., 28 juillet 1919, S. 1921.1.313, note de M. P. ESMEIN.

non changement de domicile, mais de savoir quel est le véritable domicile parmi plusieurs résidences saisonnières. Le domicile véritable est, même en ce cas, déterminé par l'importance relative de chaque résidence, mais à l'égard des tiers, la comparaison importe peu; ce qui est essentiel c'est que la résidence soit, *en elle-même*, suffisamment importante pour pouvoir être considérée comme un domicile plausible. Cette appréciation résulte de l'importance de la situation de fait, « La dame de F... est propriétaire à la Fl... d'un important domaine sur lequel, avec son mari, elle séjourne fréquemment et longuement; ils y ont un personnel agricole, des serviteurs préposés les y représentent... les époux P... induits en erreur par les apparences, ont pu croire que les époux de F... avaient à la Fl... *leur principal établissement* (1) ». Le domicile apparent peut encore dériver de la situation politique d'un individu qui est maire d'une commune où il paie encore une très forte contribution mobilière (2).

D'une façon générale l'apparence de domicile est très largement admise par la Cour de Cassation car « au fond, il y a mauvaise foi de la part du défendeur à refuser de plaider devant le tribunal du lieu où il a un établissement, lorsque cet établissement est le lieu où a été élaboré et surtout où doit être exécuté le contrat » (3).

1. Req., 5 mai 1925, D. H. 1925.367.

2. Req., 26 avril 1921, S. 1921.1.313.

3. P. ESMEIN, *note* au S. 1921.1.313 sous arrêts précités.

DEUXIÈME PARTIE

L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE DE L'APPARENCE

104. — L'élément matériel de l'Apparence n'est à lui seul qu'une matière inerte. Il faut, pour le vivifier, qu'intervienne la réaction psychologique du tiers qui désire agir en prenant pour base la situation juridique visible.

En quoi consiste cette réaction indispensable à la création de l'Apparence? Généralement, deux conceptions s'opposent: 1^o) la connaissance de la situation véritable n'empêche pas un tiers de s'en tenir à la situation apparente, à condition qu'il ne commette aucune *fraude*. 2^o) Au contraire, seule, l'ignorance excusable de la situation véritable permet au tiers de se prévaloir de la situation apparente.

A chacun de ces points nous consacrerons un chapitre; mais, auparavant, il nous faut résoudre une question préliminaire qui ne peut pas être négligée car elle permet de préciser certaines restrictions au développement de la notion d'Apparence.

PRÉLIMINAIRES

105. — Il est indispensable avant d'étudier l'élément psychologique de l'Apparence de délimiter son champ d'application.

La question se pose dans les termes suivants : peut-on considérer comme valables les actes qu'un tiers a passés avec le titulaire apparent d'une situation juridique par cela seul que ce tiers a cru régulière la situation apparente? N'y a-t-il pas d'autres conditions que cette croyance?

Nos recherches nous ont amené à formuler la règle que voici : un tiers ne peut invoquer la théorie de l'Apparence que *s'il a traité à titre onéreux avec le titulaire apparent*; un tiers ayant traité à titre gratuit est ordinairement exclu du bénéfice exceptionnel que constitue l'efficacité de l'apparence.

Quelle est l'origine de cette règle et quel est son domaine?

Ce principe était déjà formulé par le droit romain; celui-ci préférait celui *qui certat de damno vitando* à celui *qui certat de lucro captando*. Depuis lors, il a été sans cesse repris et appliqué non pas seulement, croyons-nous, parce qu'il avait été formulé par le droit romain, mais parce qu'il *constituait une appréciation toujours satisfaisante* des intérêts en présence.

« Derrière ces formules surannées il y a une idée très saine. Il est certainement plus conforme à la solidarité

sociale que ce soit celui qui s'est enrichi sans céder en contre-partie aucun bien, qui soit privé, dans ce cas, de la richesse contestée. L'intérêt même de la société est que la richesse aille plutôt à celui qui, par ses efforts ou ses privations, a contribué à la produire pour l'acquérir, qu'à celui qui l'a acquise sans donner en échange ni travail ni le moindre élément de son patrimoine (1) ». La très grande majorité de la Doctrine (2) soutient la même idée et il n'est guère à présumer que celle-ci doive jamais rencontrer d'objection sérieuse. Mais encore faudrait-il s'être mis d'accord sur la nature même de l'obligation à titre onéreux.

Quel est le critère de l'obligation à titre onéreux?

M. Josserand (3), dans une étude extrêmement fouillée, s'est attaché récemment à dégager ce critère; sa conclusion nous donnera une définition négative : « Pour qu'un acte soit conçu sur le mode gratuit, la première condition — et presque la seule — c'est qu'il procède d'une intention libérale... Mais il faut bien préciser qu'on ne se contente pas, en pareille matière, d'une intention libérale abstraite et théorique; encore faut-il que l'acte qui en est dérivé relève du titre gratuit..., le contrat qui imposerait à chacune des parties des sacrifices équivalents ou sensi-

1. LONIEWSKI. *Essai sur le rôle de la maxime Error communis facit jus*, thèse Aix 1905, p. 210 et 211.

2. AUBRY et RAU, t. IV, § 313 et note 24, 5^e éd.; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. I^{er}, n^o 660; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 54, 4^e éd.; DUEZ. *La Renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*, thèse Lille, 1914, p. 123 et 124; LONIEWSKI, *loc. cit.*; PLANIOL et RIPERT, t. II, n^o 324; RIPERT. *La Règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925, p. 301 et 302.

3. JOSSERAND. *Les Mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, Paris, 1928, p. 372.

blement tels, ne constituerait pas une libéralité, l'eût-on décoré de ce nom... (1) »

Cette conception laisse une très grande part d'appréciation aux juges du fait qui décideront souverainement à quel titre ressortit l'acte qui leur est déféré. M. Jossierand lui-même est d'ailleurs amené à le constater. Cette liberté d'appréciation laissée aux juges du fond leur permet, en matière d'Apparence, de nuancer leurs décisions et de décider que tel acte, ordinairement considéré comme à titre gratuit, est au contraire à titre onéreux. Ainsi, les donations faites par contrat de mariage ne peuvent être contestées par les créanciers du donateur que dans les conditions spéciales aux actes à titre onéreux. Si l'on va au fond des choses on s'aperçoit que cette règle donne au juge toute facilité pour statuer en pure équité.

Certains cas d'Apparence restent en dehors de la règle que nous avons formulée : ce sont ceux qui proviennent, par exemple, d'un domicile apparent, ou d'une nationalité apparente.

Il en est d'autres où l'on ne peut concevoir que l'existence d'actes à titre onéreux : ce sont les actes passés par un fournisseur avec une concubine ; dans quelques autres cas où l'on pourrait admettre des actes à titre gratuit, au moins en théorie, ceux-ci sont, en fait, toujours à titre oné-

1. *Le Vocabulaire juridique* rédigé sous la direction de M. CAPITANT donne de l'acte à titre onéreux une définition quelque peu différente de celle fournie par M. JOSSEMAND ; cette définition semble se rattacher au critère économique que M. PLANIOL avait admis (PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 951) : « *Acte à titre onéreux* : acte entre vifs ou de dernière volonté, unilatéral ou conventionnel qui ne procure ou ne procurera un avantage à une personne que sous la condition que celle-ci en fournisse un équivalent. »

reux : c'est, par exemple, le cas des lettres de change (1).

Dans les autres hypothèses, au contraire, l'acte juridique conclu en tenant compte d'une situation apparente peut être, *en logique*, à titre gratuit ou à titre onéreux.

Rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'un héritier apparent fasse donation des immeubles qu'il a irrégulièrement acquis. Mais le donataire ne sera pas protégé contre l'action de l'héritier véritable. Toutes les décisions jurisprudentielles qui ont admis la validité des actes de l'héritier apparent, ont spécifié que le tiers était un acquéreur à titre onéreux. Ce terme est, d'ailleurs, trop étroit car la Jurisprudence se montre très large dans son interprétation et valide, non seulement les acquisitions à titre onéreux, mais aussi les constitutions d'hypothèque, les transactions, les échanges, etc. (2). La Doctrine, comme dans les autres hypothèses, consacre cette distinction en s'appuyant sur les arguments traditionnels.

Rien ne s'oppose encore à ce qu'un débiteur donne ses immeubles à des tiers, en vue de commettre une fraude contre ses créanciers. Mais la Doctrine et la Jurisprudence sont unanimes à déclarer que seul un acquéreur à titre onéreux et de bonne foi peut échapper à l'action des créanciers de son auteur (3). Cette solution admise depuis

1. D'une façon plus générale, il en est ainsi aussitôt que l'Apparence affecte une règle de droit commercial; il est même des cas où il est absolument impossible de concevoir un acte à titre gratuit qui pourrait être régulier : c'est, par exemple, l'hypothèse des actes passés par un gérant de société dans l'exercice de ses fonctions.

2. Req., 3 juillet 1877, D. P. 1877.1.429, S. 1878.1.38; Civ., 13 mai 1879, D. P. 1879.1.417, S. 1880.1.26; Civ., 26 janvier 1897, D. P. 1900.1.33; Req., 6 janvier 1930, D. H. 1930.49.

3. Cf. notamment : Civ., 13 novembre 1929, D. P. 1929.1.131, cassant Rennes, 6 avril 1927.

longtemps a été acceptée par la Commission chargée de rédiger le projet de Code franco-italien des Obligations et des Contrats. L'article 107 du Projet reprend purement et simplement les solutions traditionnelles (1) (2).

Nous signalons, comme dernier exemple, le cas du donataire d'un meuble perdu ou volé : il est reconnu que : « le tiers acquéreur ne pourra plus réclamer du propriétaire une indemnité puisque, dans l'espèce, aucun prix n'a été versé; or c'est précisément *le prix que la chose a coûté* et non pas l'équivalent de sa valeur intrinsèque qui doit être remboursé au possesseur... (3) »

C'est dans ces cas, pris pour exemples et dans tous autres semblables, que s'applique la règle que nous avons précédemment formulée : le tiers, bien qu'il ignore la

1. Art. 107. Projet de Code des obligations, al. 2, 3 et s. « S'il s'agit d'actes à titre onéreux, la révocation ne sera prononcée contre l'acquéreur que s'il a eu connaissance de la fraude.

Pour les actes à titre gratuit, il suffit qu'il y ait fraude de la part du débiteur.

Au cas où l'acquéreur a aliéné le bien, la révocation ne pourra atteindre le sous-acquéreur à titre onéreux que s'il a eu lui-même connaissance de la fraude. »

2. On rapproche ordinairement de l'action paulienne telle qu'elle fonctionne en droit civil, la révocation des actes passés par le failli entre la cessation des paiements et le jugement déclaratif (art. 446 et 447 C. comm.). Ces deux articles établissent un régime très différent selon que les actes sont à titre gratuit ou à titre onéreux : ceux-là sont nuls et sans effet relativement à la masse (art. 446); ceux-ci *pourront* être annulés si, de la part de ceux qui ont... traité avec le débiteur, ils ont eu lieu avec *connaissance* de la cessation des paiements (art. 447). Il est admis par la doctrine et la jurisprudence commerciales que si l'acquéreur à titre gratuit a revendu à un tiers à titre onéreux et de bonne foi celui-ci ne peut être inquiété par la masse même si l'acquéreur intermédiaire est insolvable (LACOUR et BOUTERON, n° 1765; THALLER et PERCE-ROU, *Les Faillites*, n° 684).

3. DE FOLLEVILLE. *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, Paris, 1875, p. 265.

situation véritable, ne peut invoquer l'Apparence parce que son acte d'acquisition est à titre gratuit.

Cette limitation apportée à l'efficacité de l'Apparence est-elle absolument générale? Pour regrettable que cela soit, il nous faut constater qu'il n'en est rien.

Quand une situation apparente est créée par l'absence d'une mesure de publicité, il est admis par une partie importante de la doctrine (1) que le *donataire*, qui, de bonne foi, a fait transcrire son titre le premier, doit être préféré à un acheteur qui a publié postérieurement son contrat. A notre connaissance, Troplong a seul proposé une solution inverse; après plusieurs arguments de texte, il termine ainsi son raisonnement : « Entre ces deux contendants dont l'un *certat de lucro captando*, tandis que l'autre *certat de damno vitando* le litige n'est pas difficile à vider en faveur du second (2) ». Ces considérations sont écartées par les auteurs à cause de l'importance essentielle attachée à la mesure de publicité; « ce donataire fait-on remarquer (3) a un droit à faire valoir contre les tiers; si ce droit a été acquis de bonne foi, on ne saurait le sacrifier par suite de son infériorité de nature, la loi ayant prescrit de régler le conflit d'après la date de l'accomplis-

1. FLANDIN. *De la Transcription en matière hypothécaire*, n° 867; MOURLON. *Traité théorique et pratique de la transcription*, n° 437; PLANIOL, RIPERT et PICARD. *Les Biens*, n° 651; RIPERT, *op. cit.*, p. 305.

2. TROPLONG. *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, n° 156.

Nous faisons remarquer que dans une hypothèse voisine, le Code civil semble n'avoir favorisé que l'acquéreur à titre onéreux. L'article 958 rend inopposable la révocation pour cause d'ingratitude aux « *aliénations* faites par le donataire, aux *hypothèques* et autres *charges réelles* qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation. »

3. RIPERT, *op. cit.*, p. 305.

sement de la publicité ». Le problème semble être resté surtout doctrinal; nous n'avons pas rencontré de décision se prononçant expressément en cette matière. A notre connaissance, seule la Cour de Pau a eu à s'occuper de cette question, incidemment. D'après les motifs de l'arrêt, ses rédacteurs auraient été favorables à la théorie de Troplong c'est-à-dire auraient donné la préférence à l'acquéreur à titre onéreux « parce qu'il cherche à éviter une perte (1) ».

Après les explications que nous venons de fournir, nous croyons avoir justifié la règle que nous avons précédemment énoncée. L'exception relevée ne permet pas de l'infirmar; il n'est pas exagéré de dire que cette condition de l'efficacité de l'Apparence présente une cohésion remarquable, surtout si l'on songe que cette théorie a été conçue sans vue d'ensemble, presque au hasard des textes et des décisions d'espèces.

1. Pau, 29 mars 1871, S. 1871.2.1, D. P. 1871.2.245.

CHAPITRE PREMIER

LA CONNAISSANCE DE LA SITUATION VÉRITABLE

106.—La connaissance de la situation véritable n'empêche-t-elle pas un tiers de se prévaloir de la situation apparente? Il semblerait que la question ne pût pas se poser, tant elle est *a priori* contraire aux idées sur lesquelles s'appuie toute la théorie de l'Apparence. Il ne semble pas raisonnable de dire que celui qui connaît la situation véritable peut invoquer la situation apparente. Il en est cependant ainsi, au moins en certaines hypothèses. La question présente d'ailleurs une très grande complexité; de nombreuses restrictions sont apportées au principe; des nuances parfois imperceptibles corrigent, sur un point, une conséquence qui a semblé excessive. Quand il en est ainsi, la nature de l'élément psychologique devient extrêmement incertaine, ainsi que nous allons le montrer.

107.— I. La question s'est posée à propos de la complicité à la fraude paulienne. Qu'est-ce que le *consilium fraudis*? Est-ce la seule connaissance de l'insolvabilité du débiteur, est-ce la manœuvre frauduleuse mise en œuvre afin d'augmenter cette insolvabilité et d'en tirer profit? « On ne se contente point chez le tiers, écrit M. Josserand (1), de la connaissance qu'il pouvait avoir du préju-

1. JOSSERAND. *Les Mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, Paris, 1928, p. 239.

dice que l'acte allait causer aux créanciers de son auteur, mais on exige chez lui la complicité dans l'intention de nuire... » Nous rencontrons le problème qui se posera tout au long de cette étude : comment distinguer la connaissance de la complicité? Celui qui connaît l'insolvabilité de son auteur n'est-il pas par cela seul un complice? La Doctrine est, sur ce point, extrêmement divisée; des auteurs distinguent entre la connaissance et la complicité (1), d'autres, au contraire, assimilent connaissance et complicité «... il faut que les créanciers prouvent la *complicité* du tiers qui a traité avec le débiteur; il faut qu'ils prouvent que ce tiers, l'acheteur, par exemple, *connaissait*, lui aussi, la situation du débiteur... » (2). Pas plus que la Doctrine, la Jurisprudence ne semble avoir pu se fixer à l'une ou l'autre de ces interprétations; elle oscille de l'une à l'autre et parfois semble les confondre; il serait peut-être, possible cependant de discerner un mouvement lent vers l'assimilation de la connaissance et de la complicité. Ce rapprochement, sensible déjà dans quelques arrêts du début du *xx^e* siècle (3), s'est accentué dans les plus récentes décisions... « l'acquéreur, *connaissait* la créance d'A.; en achetant l'immeuble de R. à vil prix et pour la somme restant due au vendeur de ce dernier... *il ne pouvait se dissimuler* qu'il aidait ce débiteur de mauvaise foi à se

1. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. *Obligations*, t. I^{er}, n^o 663; DEMOLOMBE, t. XXIV, n^o 244; LAURENT, t. XVI, n^o 448 et 480.

2. COLIN et CAPITANT, t. II, p. 53, 4 éd.; RIPERT. *La Règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925, n^o 169; Cf. art. 447 (c. comm.) et art. 107, Projet de Code franco-italien des Obligations et des Contrats.

3. Req., 17 mars 1909, D. P. 1909.1.341, S. 1909.1.356; Req., 9 mai 1910, D. P. 1910.1.462, Req., 6 janvier 1913, *Gaz. Pal.*, 1913.1.392.

rendre insolvable; il s'est donc rendu complice de la fraude » (1).

Le dernier arrêt de la Chambre civile (2) que nous connaissions sur la question, nous semble encore plus formel; il met sur le même plan « la fraude à laquelle une personne se serait associée » et « la faute dont elle se serait rendue coupable en acquérant la chose vendue par l'auteur de la promesse au mépris de son obligation ». La fraude consisterait donc en toute faute commise par l'acquéreur; quand on connaît le parti que les tribunaux sont arrivés à tirer de cette notion de *faute* ne peut-on pas affirmer que la connaissance de l'insolvabilité constituera une faute suffisante pour rendre le tiers acquéreur indigne de toute faveur? Cette tendance, assez nettement indiquée, est d'ailleurs conforme aux dispositions du code de commerce. En matière de faillite, en effet, les actes à titre onéreux passés avec le failli après la cessation des paiements, mais avant le jugement déclaratif, peuvent être annulés, à condition, dit l'article 447 (C. comm.), que le tiers ait eu connaissance de la cessation des paiements.

108. — II. Une partie considérable de la Doctrine (3) a admis qu'en matière d'inopposabilité des exceptions, le tiers porteur pût connaître la situation véritable sans être pour cela irrecevable à exiger l'exécution de l'obligation cambiaire. « Qu'importe, par exemple, que le porteur ait

1. Req., 3 décembre 1923, D. H. 1924.6.

2. Civ., 13 novembre 1929, D. P. 1929.1.131.

3. BRETHE. *Théorie juridique des titres à ordre*, Rev. trim., 1926, p. 696 et 697; DEMONT. *Des effets de complaisance*, thèse Lille, 1901, p. 161; LACOUR et BOUTERON, n° 1299; LYON-CAEN et RENAULT, t. IV, n° 131; THALLER et PERCEROU, 6^e éd., n° 1470 et 1473.

su que la traite avait été créée pour le règlement d'une dette de jeu? Du moment qu'il a acquis cette traite dans des conditions normales, en fournissant à son endosseur une contre-valeur, il a fait foi au titre et a le droit d'en considérer tous les signataires comme valablement obligés envers lui »... (1) Il nous semble que ce raisonnement contient une contradiction. Comment, peut-on dire, sans heurter violemment le sens des mots, que le porteur « a fait foi au titre » alors qu'il n'ignorait pas le vice dont il est entaché? Qu'importe le fait qu'il a fourni une contre-valeur? N'est-ce pas, en presque tous les cas, une condition préalable indispensable? Comme nous avons eu l'occasion de le dire (n° 24) la règle de l'inopposabilité des exceptions a été créée pour assurer la sécurité des transactions cambiales; mais à quoi bon favoriser un tiers porteur qui sait irrégulier le titre dont il exige l'exécution; n'est-ce pas aller à l'encontre des résultats cherchés? MM. Lacour et Bouteron (2) restreignent la mauvaise foi au cas où « le débiteur aurait été la victime d'un acte illégitime et où le porteur actuel, de connivence avec l'auteur de cet acte, cherchait à en tirer profit ». A aller au fond des choses, il en est toujours ainsi aussitôt que le tiers porteur a eu connaissance du vice du titre; n'est-il pas nécessairement le complice du tireur? S'il ne l'était pas quel intérêt aurait-il à recevoir une traite qu'il sait ne pas être valable?

1. LACOUR et BOUTERON, n° 1299; — *contrà*, Civ., 19 novembre 1928. D. P. 1930.1.75; Civ., 31 juillet 1929, *Gaz. Tr.*, 1930.1.1; — Colmar, 25 mars 1929, *Gaz. Pal.*, 1930.1. Somm. 43; Colmar, 25 juin 1929, *Gaz. Pal.*, 1930.1. Somm. 66; Angers, 21 novembre 1929, *Gaz. Pal.*, 1930.1. 217; Bordeaux, 25 février 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.1.809.

2. LACOUR et BOUTERON, *loc. cit.*

Il en a fourni la valeur, mais n'est-ce pas un simple moyen de faire croire à sa bonne foi?

Aussi cette opinion n'a-t-elle pas été acceptée par une très grande partie de la Doctrine (1). Les auteurs ont estimé que la connaissance était exclusive de la bonne foi et que le système perdrait toute utilité s'il en était autrement. « Le principe d'inopposabilité est une permission d'ignorance. Il est évident qu'il est sans objet dès que cette ignorance n'existe plus; il est vain de rendre les exceptions non opposables à l'endossataire pour lui permettre de ne pas les connaître puisqu'il les connaît déjà » (2). De même, les tribunaux ont jugé que la seule connaissance du vice était suffisante pour que le tiers porteur fut de mauvaise foi. La plupart des décisions mentionnent, sans insister davantage, que le tiers porteur est de bonne foi (3). Cependant le problème de la connaissance s'est posé, à plusieurs reprises, dans ces dernières années notamment à propos des traites de complaisance. Toutes les juridictions ont été formelles; un arrêt de la Chambre des Requêtes précise notamment que « la banque n'ignorait pas le caractère fictif des traites... les ayant escomptées en connaissance de leur nullité, elle ne pouvait pas en réclamer le paiement à son donneur d'aval » (4). Depuis cet arrêt, de nombreuses cours d'appel et des tri-

1. HÉMARD. *Des Effets de complaisance*, thèse Paris, 1900, p. 108; LESCOT, note au S. 1929.1.57 sous Civ. 16 juillet 1928; PICHON. *De l'inopposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre*, thèse Paris, 1904, p. 159.

2. PICHON. *loc. cit.*

3. Req., 23 mars 1908, D. P. 1908.1.277, *Gaz. Pal.*, 1908.1.557; Req., 10 mars 1915, S. 1916.1.5. Cf. références cités, p. 277 note 1.

4. Req., 30 juin 1919, *Gaz. Pal.*, 1919.2.73.

bunaux se sont prononcés dans le même sens; le tribunal civil de Montpellier a été particulièrement explicite : « Il ne saurait être contesté, y lit-on, que les banques étaient de *mauvaise foi*, en ce sens qu'elles *savaient* parfaitement qu'il s'agissait d'effets de complaisance » (1). Il est question dans toutes ces espèces, de banques qui ont accepté à l'escompte des traites de complaisance; la preuve de la connaissance est des plus simples, car la plupart du temps, ces effets sont classés dans la comptabilité sous une rubrique spéciale dite ordinairement « Effets spéciaux ». Il arrive même parfois que la connaissance du vice du titre n'est pas prouvée, mais seulement présumée; « les relations existant depuis longtemps entre B. et D. ne permettent pas, en effet, à celui-ci, d'ignorer la situation désastreuse de la société A. B. et C^{le}, dont B. était le commanditaire et aussi les suspicions dont ce dernier était l'objet... » (2).

Cette Jurisprudence conforme à la Doctrine la plus répandue est, à notre avis, à l'abri de toute critique; il ne peut pas faire de doute que la connaissance de la véritable situation empêche un tiers d'invoquer en sa faveur la théorie de l'Apparence.

109. — III. Mais si cette solution s'est facilement impo-

1. Tr. civ. Montpellier 22 juillet 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.2.623 — dans le même sens sur la question des traites de complaisance : Req., 30 juin, 1919, précité; Civ., 16 juillet 1928, S. 1929.1.57; — Montpellier, 26 janvier 1927, *Gaz. Pal.*, 1927.1.433, D. P. 1928.2.163; Paris, 6 avril 1927, *Gaz. Pal.*, 1927.2.374; Lyon, 25 juillet 1927, D. P. 1928.2.163; — Tr. civ. Vesoul, 23 janvier 1925, D. H. 1925.263; Tr. comm. Lyon 26 août 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.2.623.

2. Douai, 9 janvier 1908, *Gaz. Pal.*, 1908.2.131, D. P. 1911.2.145; — Tr. comm. Seine, 26 décembre 1902, *Gaz. Pal.*, 1903.1.374; Tr. comm. Rennes, 12 juillet 1912, *Gaz. Pal.*, 1912.2.317.

sée quand l'élément matériel est constitué par une manifestation de volonté entachée de fraude ou par un titre à ordre nul, il en va tout autrement quand la situation apparente résulte de l'absence d'une mesure de publicité quelle qu'elle soit.

Le problème, dont nous abordons l'étude, est sinon le plus difficile, du moins le plus compliqué de tous ceux que soulève notre travail. Il a provoqué, en Doctrine, de nombreuses opinions contradictoires; en négligeant les nuances de détail on peut les ramener à trois qui vont de l'application rigoureuse de la notion de publicité, à l'admission de la simple connaissance constitutive de la mauvaise foi, en passant par le système transactionnel et hybride de la fraude. En Jurisprudence, la situation n'est pas meilleure; elle semble incohérente : les contradictions sont tellement nombreuses qu'il est à peu près impossible de donner une vue d'ensemble satisfaisante; il en est ainsi quand on compare les décisions relatives à des types différents de publicité; à propos d'une même mesure de publicité des solutions divergentes sont rendues par les tribunaux à fort peu d'intervalle les unes des autres. Cette instabilité de la Jurisprudence suscite une insécurité d'autant plus dangereuse que le nombre des arrêts rendus sur ces questions est relativement élevé. Par suite, à côté d'un intérêt scientifique considérable, cette question présente un intérêt pratique non moins important.

Comment cette question s'est-elle posée? En dernière analyse, les données du problème pourraient être énoncées comme suit : la connaissance qu'un tiers aurait eue d'un acte non publié lui interdit-elle de profiter de l'ab-

sence de publicité? Cependant, dans les faits, la question n'a pas été formulée exactement en ces termes : il s'agit, dit-on, de savoir si la publicité prévue par la loi est imposée comme une mesure d'ordre public ou bien si elle est simplement indiquée par le législateur comme le procédé le plus adéquat à la situation et le mieux adapté au but à atteindre. Si la forme de publicité établie par la loi est d'ordre public, la connaissance acquise par d'autres moyens que ceux prévus par la loi ne peut empêcher un tiers d'invoquer en sa faveur l'absence de publicité. Au contraire, si la mesure de publicité n'est pas d'ordre public, toute connaissance de l'acte non publié acquise par n'importe quel moyen, ne permet plus au tiers de prétendre qu'il y a, à son égard, situation apparente.

110. — Le premier système, sous sa forme absolue, n'a pas été sans rencontrer un certain succès jusqu'à une date très récente. Mourlon l'a, semble-t-il, formulé pour la première fois (1). Cet auteur, poussant ses prémisses à l'extrême, arrivait à des solutions, dont, disait-il, Ricard et Pothier ne s'effrayaient pas : le second acheteur pouvait avoir participé à la première vente en tant que témoin ou notaire, sans en avoir, pour cela, une connaissance suffisante pour annuler son acquisition. Mourlon acceptait facilement ces solutions : « il n'y a pas, disait-il, de présomption légale qui, à ses points extrêmes, n'ait des résultats contraires à toute évidence, à tout bon sens et par conséquent à toute justice... Sachons donc nous résigner... » Cette conception n'a pas été sans rencontrer quelques partisans, au cours du XIX^e siècle. C'est ainsi qu'Esmein écrivait que

1. MOURLON. *Traité théorique et pratique de la transcription*, n° 453.

« la loi du 23 mars 1855 est une *loi de formalisme et de publicité destinée à protéger non la bonne foi en tant que telle, mais la sécurité dans le commerce des immeubles*. Or, pour produire leur effet utile, de semblables réglementations doivent être appliquées d'une façon *brutale*, non par équivalent... Lorsqu'un tiers invoque la loi du 23 mars 1855 peut-on prouver contre lui que, malgré le défaut de transcription, il a eu connaissance de l'aliénation dont il prétend ne tenir aucun compte? Ceux qui répondraient affirmativement méconnaîtraient le sens du système tout entier » (1). Danjon, au sujet de la mutation en douane, reprend exactement la même argumentation qu'Esmein, et il ajoute : « Viendrait-il à l'idée de personne d'oser soutenir que, quand une aliénation a été régulièrement publiée, un tiers qui, en fait, n'en aurait pas eu connaissance, pourrait arguer de sa bonne foi pour ne pas en tenir compte? Evidemment non. La réciproque doit être vraie » (2). Ces deux auteurs font encore observer, pour appuyer leur argumentation, que tout système de publicité deviendrait absolument impraticable, si l'on adoptait une conception différente. Nous tenons à réfuter, dès à présent, cette affirmation, en faisant remarquer que, sur bien des points, la jurisprudence française s'est arrêtée à des solutions opposées sans bouleverser en pratique le système de publicité; d'autre part, bien que nous nous soyons interdit de faire du droit comparé, nous ne pouvons pas passer sous silence la loi belge du 16 décembre 1851 pour laquelle la connaissance de l'acte supplée la publicité et l'article 892

1. ESMEIN, *note* au S. 1888.1.257, sous Req., 16 février 1887.

2. DANJON. *Traité de droit maritime*, (2^e éd., LEPARGNEUR) t. 1^{er}, n° 146.

du Code civil allemand d'après lequel « s'il y a au profit d'une personne déterminée, restriction du droit de disposition de l'ayant droit, en ce qui concerne un droit réel inscrit, cette restriction n'est opposable à l'acquéreur que lorsqu'elle appert du livre foncier *ou lorsque l'acquéreur en a eu connaissance* ». Or, il ne semble pas que ces dispositions aient désorganisé les systèmes de publicité belge et allemand comme le feraient supposer les affirmations d'Esmein et de Danjon.

La thèse de ces auteurs s'appuie exclusivement sur la nature des lois de publicité mais, au fond, elle a certainement pour origine lointaine l'article 1071 du Code civil français qui dispose que « le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eu de la disposition par d'autres voies que celles de la transcription. » Ce texte ne vise que les substitutions permises : elles ont fait, dès l'Ancien droit, l'objet de mesures restrictives; l'article 1071 (C. civ.) est une survivance de celles-ci et constitue très certainement un texte d'exception. Toute argumentation générale basée sur cet article est, par suite, extrêmement fragile. Quoiqu'il en soit de ces difficultés, quelle est la valeur juridique de ce système?

Il prend pour point de départ cette constatation que les mesures de publicité ont pour but unique d'assurer la sécurité, celle-ci étant étroitement liée au respect de la publicité. C'est là un sophisme. De qui assure-t-on la sécurité par ce procédé? Du second acquéreur de mauvaise foi, ou plus exactement, du second acquéreur qui connaissait

la vente antérieure. On favorise donc un individu qui, *a priori*, est un malhonnête homme. Cette conséquence, facilement acceptée par les auteurs dont nous étudions la doctrine, n'est-elle pas manifestement contraire à la tendance récente qui conduit à rechercher l'intention des parties et la « moralité » des actes juridiques? Le droit moderne vise à assurer la sécurité des transactions, mais en tenant compte de la moralité de ceux qui sont appelés à profiter de ces mesures; il serait inadmissible que cette condition fut écartée en présence de certaines sources matérielles de sécurité. Pourquoi attribuer à la publicité une efficacité spéciale, alors qu'il est d'expérience constante que le système n'est pas affaibli même s'il est réservé aux tiers de bonne foi? A ce propos, il est un passage des travaux préparatoires de la loi du 23 mars 1855, d'où il appert jusqu'à l'évidence, que le législateur a entendu introduire dans les transactions immobilières une sécurité basée sur la bonne foi (1). Par quelle méprise peut-on affirmer que la sécurité ne peut exister qu'à condition que soit éliminée la bonne foi? Toute la théorie de l'Apparence est la preuve péremptoire du contraire. Cette opinion que nous critiquons, est d'ailleurs restée essentiellement doctrinale, ceci ne veut d'ailleurs pas dire que les tribunaux n'ont pas rendu des décisions qui en soient directement inspirées. Mais nous pouvons affirmer, qu'il est possible de trouver facilement dans la Doctrine et dans la Jurisprudence, une tendance très marquée à éliminer cette théorie absolue. Ceci s'explique très facilement : cette thèse, nettement exégétique dans ses prémisses, ne

1. Exposé des motifs de la loi du 23 mars 1855, D. P. 1855.4.28.

tient pas un compte suffisant des conséquences auxquelles elle aboutit; par suite elle est contraire à la tendance moderne qui est de faire un droit juste et équitable.

111. — Cette théorie qui semble définitivement condamnée par l'évolution des idées, étant écartée, nous nous trouvons en présence des deux autres thèses : l'une aussi absolue dans un sens diamétralement opposé, l'autre au contraire, très souple et très diverse dans ses applications, sinon dans son principe, et par suite un peu artificielle comme nous le montrerons.

M. Savatier a donné de la théorie de la connaissance une expression vigoureuse qui traduit très nettement la tendance « moraliste » de l'interprétation moderne. « La mauvaise foi résultera de la seule malhonnêteté de l'acte et cette malhonnêteté apparaîtra par une double preuve :

1^o Celle qu'en faisant son acquisition, le second acquéreur *savait* l'objet de son acquisition déjà aliéné;

2^o Celle qu'il croyait l'aliénateur valablement lié par l'acte antérieur » (1).

Si le principe est simple en lui-même, combien plus complexe est son application! Celle-ci consiste à déterminer non seulement le degré de certitude que doit présenter la connaissance, mais encore parfois les procédés employés pour parvenir à cette connaissance; sur ce dernier point surtout les solutions divergentes sont innombrables et

1. SAVATIER, *note* au D.P.1926.1.185, sous Req., 6 avril 1925 et Civ., 7 décembre 1925. — Cette théorie de la connaissance ne peut pas, être étendue aux donations car l'article 1071 (C. civ.) qui l'écarte comme équipollent de la transcription en matière de substitutions peut être, semble-t-il, pour des raisons d'analogie admissibles, appliqué aux donations.

dans le dédale qu'elles forment il est parfois malaisé de découvrir une direction générale.

Mais avant d'aborder l'étude de ces questions, il est nécessaire de rechercher en quelles hypothèses la pratique judiciaire admet que la connaissance de l'acte supplée la mesure de publicité; ou mieux, quand la connaissance de l'acte précédent est, à elle seule, constitutive de la mauvaise foi. Il en est ainsi de toutes les mesures de publicité, mais dans une mesure très variable.

Seule la mutation en douane ne semble pas avoir soulevé de difficultés; il a été toujours admis en Jurisprudence que le but visé par la publicité est atteint quand un tiers a connu l'acte non publié par un moyen quelconque. La dernière décision que nous connaissions sur la matière déclare expressément que « la protection des tiers, assurée par la publicité des ventes de navire, ne va pas jusqu'à garantir les tiers de mauvaise foi » (1).

La situation est moins simple en ce qui concerne la publicité de l'article 1690: « la Jurisprudence tend de plus en plus à tenir compte de la cession de créance non signifiée conformément à l'article 1690 (C. civ.), et à dire que cette cession de créance produit effet à l'égard des tiers qui en ont connaissance » (2). Nous croyons indispensable de distinguer : cette tendance est très nette quand le tiers à qui on oppose sa connaissance est le débiteur cédé (3);

1. Bordeaux, 27 décembre 1920, *Gaz. Pal.*, 1921.1.485, *R. i. Dr. m.*, 1922, p. 349; *contra*, RIPERT. *Droit maritime*, 3^e éd., p. 489, note 1.

2. DEMOGUE, *note dans Rev. trim.*, 1912, p. 192;

3. La connaissance du débiteur cédé équivaut à la mesure légale de publicité : Req., 25 juillet 1832, S. 1833.1.347; Req., 17 août 1844, S. 1849.1.48; Req., 17 février 1874, D. P. 1874.1.281, S. 1875.1.399; Req., 6 février 1878, S. 1878.1.168, D. P. 1878.1.273; Req., 12 mars 1878,

elle est beaucoup moins nette quand le tiers est un cessionnaire; en cette dernière hypothèse, il est de nombreuses décisions contradictoires (1).

La transcription est la mesure de publicité la moins atteinte par cette espèce de dégénérescence qu'est le remplacement de la formalité par la connaissance de l'acte non publié. Il n'est pas, en effet, absolument impossible de trouver des cas où la transcription est ainsi suppléée; mais en dehors des hypothèses où il y a concert frauduleux, ils sont tout à fait exceptionnels.

Les tribunaux dans la mesure où ils admettent que la connaissance seule est constitutive de la mauvaise foi, ont été amenés à se prononcer sur la nature de cette connaissance. Leurs décisions sont peu explicites en elles-mêmes et les formules qu'elles contiennent ne sont pas toujours très satisfaisantes pour l'esprit. Nous avons, d'ailleurs, remarqué que ces formules sont d'autant plus simples et plus claires que le principe de la connaissance est plus facilement admis.

Des quatre décisions relatives à la mutation en douane que nous avons relevées, deux ne qualifient pas la connaissance qu'elles admettent comme supplantant la mesure de publicité (2); les deux autres s'en tiennent à des expres-

S. 1878.1.71, D. P. 1878.1.275; Civ., 28 mars 1922, S. 1924.1.71, D. P. 1925.1.165. — Nancy, 2 février 1904, *Gaz. Pal.*, 1904.1.585.

1. Contre l'équivalence : Civ., 24 décembre 1894, S. 1894.1.69, D. P. 1895.1.206. — Bastia, 10 mars 1856, D. P. 1856.2.178; Lyon, 12 novembre 1900, S. 1902.2.6. — Pour l'équivalence : Req., 17 février 1874, S. 1875.1.399; Civ., 7 juillet 1897, S. 1898.1.113, D. P. 1898.1.483. — Paris, 11 octobre 1912, *Gaz. Pal.*, 1913.1.501. — Tr. civ. Seine, 10 février 1908, *Gaz. Pal.*, 1908.1.225.

2. Caen, 25 août 1868, S. 1870.2.247; — Tr. comm. La Rochelle, 3 septembre 1886, *R. i. Dr. m.* 1886-1887, p. 436.

sions très simples : « les tiers ne peuvent se prévaloir de l'absence de mutation en douane, s'il est établi par des *faits positifs* qu'ils ont eu *connaissance pleine et parfaite* de la vente du navire » (1). La Cour d'appel de Bordeaux affirme que « T. ne pouvait ignorer quand il a traité avec G. l'existence de la vente antérieure » (2). Cette sobriété de termes atteste une conception très simple qu'il serait désirable de retrouver dans les autres hypothèses.

Pour ce qui est de la connaissance en matière de cession de créance, il faut distinguer entre celle du débiteur cédé et celle d'un tiers cessionnaire. Les tribunaux admettent facilement toute manifestation de la connaissance que le débiteur cédé a de la cession, notamment d'une acceptation sous seing privé (3); en est-il de même encore « quand le cessionnaire a donné *connaissance d'une manière formelle*, au débiteur cédé, du transfert qui lui a été consenti » (4). Tout récemment (5), la Cour d'Appel de Nancy, dont la Jurisprudence a toujours été favorable à une interprétation large de la connaissance, a rendu un arrêt qui apporte des précisions sur la nature de la connaissance; elle exige que celle-ci se soit manifestée par n'importe quel moyen, « par acceptation sous seing privé, ou verbale ou tacite »; mais il est indispensable qu'il y ait eu manifestation indiscutable. En effet, d'après cette même décision une connaissance acquise par une mesure de publicité

1. Rennes, 8 décembre 1892, *R. i. Dr. m.* 1894, p. 26.

2. Bordeaux, 27 décembre 1920, précité.

3. V. décisions citées, note 3, p. 287; notamment Nancy, 2 février 1904, précité.

4. Orléans, 4 décembre 1886, *D. P.* 1888.2.63, *S.* 1888.2.154.

5. Nancy, 15 décembre 1926, *Gaz. Tr.*, 1927.2.421.

autre que la signification ne serait pas suffisante. Les auteurs, sur ce point ne sont pas beaucoup plus nets que la jurisprudence; nous n'en voulons pour exemple que ce passage d'Aubry et Rau qui laisse apercevoir un léger flottement dans la pensée, fait exceptionnel chez ces auteurs : « la seule connaissance que le débiteur aurait indirectement acquise du transport, *ne doit pas toujours et nécessairement* le faire considérer comme ayant agi de mauvaise foi ou avec imprudence lorsqu'il a payé entre les mains du cédant ou qu'il a traité avec lui » (1).

Quand le tiers qui a connaissance de l'acte antérieur est un créancier saisissant ou un cessionnaire, à quel degré de connaissance doit-il être parvenu pour être de mauvaise foi?

Un arrêt de la Chambre civile a estimé qu'il suffisait d' « une connaissance spéciale et personnelle » (2). Que faut-il entendre par ces termes? Toute connaissance n'est-elle pas nécessairement personnelle? Qu'est-ce qu'une connaissance spéciale? On se perd en conjectures sans pouvoir apporter de précisions satisfaisantes. Ne faut-il pas rattacher cette décision aux arrêts plus anciens de la Cour de Cassation qui admettaient la connaissance comme constitutive de la mauvaise foi sans autrement la qualifier? (3). C'est à cette interprétation simple et claire que s'est arrêtée la Cour d'Appel de Paris qui déclarait qu'« il était établi par la correspondance échangée entre H... et R... que ce dernier connaissait si bien la cession... qu'il en contestait la validité; que la seconde cession est donc entachée de

1. AUBRY et RAU, t. V, § 359 *bis*, note 12, p. 205, 5^e éd.

2. Civ., 7 juillet 1897, S. 1898.1.113, note de M. WAHL.

3. Req., 25 juillet 1832; Req. 17 août 1844; Req., 17 février 1874, précités.

mauvaise foi en ce qui touche le transfert des actions qui avaient déjà été cédées à H...; qu'il est dès lors inadmissible que l'article 1690 (C. civ.) dont l'unique but est de garantir les intérêts légitimes des tiers puisse être invoqué dans l'espèce » (1).

Dans le même ordre d'idées, la Chambre des Requêtes avait, quelques années auparavant (2), décidé qu'un contrat de nantissement de rentes nominatives sur l'Etat était nul « à raison de la *connaissance* qu'avait R... des cessions antérieurement faites à M... d'un caractère dolosif qui le rendait inopposable aux tiers ». D'après la Cour suprême, en cette espèce, la seule connaissance a la valeur d'un dol; il n'est pas nécessaire qu'intervienne entre les parties un concert frauduleux.

Même la transcription immobilière peut être remplacée par la seule connaissance de l'acte non publié régulièrement. Mais cette connaissance doit émaner de sources particulièrement sûres et ne doit pouvoir prêter à aucune contestation. La Chambre des Requêtes s'est prononcée en ce sens (3) dans l'espèce suivante : une convention relative à une redevance tréfoncière, n'avait pas été publiée régulièrement; le pourvoi soutenait qu'en l'absence de toute publicité « elle ne pouvait être opposable aux ayants-cause à titre particulier d'un des contractants ». Ce moyen fut écarté, car le traité non publié avait été « invoqué formellement » à plusieurs reprises par le demandeur en Cassation, dans plusieurs mises en demeure adressées à

1. Paris, 11 octobre 1912, *Gaz. Pal.*, 1913.1.501, à rapprocher de Bordeaux, 27 décembre 1920, précité.

2. Req., 10 janvier 1905, D. P. 1906.1.345.

3. Req., 5 juillet 1910, S. 1913.1.513.

la compagnie débitrice de la redevance. La Chambre civile, peu après, a eu l'occasion de consacrer le même principe dans des circonstances presque identiques : un acte de constitution de servitudes n'avait pas été directement transcrit; mais le fonds servant ayant fait l'objet d'aliénations postérieures, chaque acte de vente contenait *in extenso* l'acte primitif et ces actes de ventes avaient été régulièrement publiés. Le pourvoi fut rejeté, la Chambre civile estimant, en effet, que « la demoiselle M... avait accepté la servitude établie par l'acte du... puisque cet acte avait été inséré textuellement dans son acte d'acquisition et dans l'acte d'acquisition de son auteur » (1). Ces décisions sont tout à fait conformes à la théorie de la connaissance, et nous aurons, par la suite, à en faire encore état quand nous étudierons l'évolution de la thèse transactionnelle. Mais il nous faut observer que, dans cette espèce, à l'origine de la connaissance, se trouve un acte juridique sur l'interprétation duquel on ne peut discuter; la preuve de la connaissance ne peut faire aucune difficulté. Par contre, les tribunaux écartent la seule connaissance obtenue par des moyens de fait, quels qu'ils soient : c'est ainsi que la Cour d'Appel de Montpellier a jugé (2) que « la transcription ne peut être suppléée par aucun équipollent »; dans l'espèce il s'agissait de travaux effectués sur un terrain en vue d'une exploitation minière; le second acquéreur, technicien lui-même, fut cependant censé ignorer qu'une première exploitation était commencée.

Pour terminer ces explications sur la suppléance d'une

1. Civ., 17 juillet 1918, D. P. 1918.1.71.

2. Montpellier, 23 octobre 1922, S. 1923.2.5 note de M. SORUS.

mesure de publicité par la simple connaissance de l'acte non publié, il nous faut envisager la question délicate des publicités équipollentes.

La connaissance d'un acte obtenue par une mesure de publicité autre que celle prévue par la loi est-elle suffisante pour mettre un tiers en état de mauvaise foi? Le problème est encore des plus complexes. Aussi, les hésitations sont-elles nombreuses et les solutions incertaines. Il est, cependant, possible *a priori* de supposer que cette équivalence est admise en toutes hypothèses où la seule connaissance de fait est jugée suffisante; du point de vue juridique, une connaissance obtenue à l'aide d'une mesure de publicité doit être considérée comme plus sûre et plus efficace que celle résultant simplement des circonstances.

La Chambre civile (1) a toutefois estimé que la transcription d'un jugement ne pouvait comporter aucun équipollent, pas même la connaissance qu'en aurait obtenue le tiers par une signification d'huissier. La même solution ne serait peut-être plus admise si la question se posait à nouveau. Il semble, en effet, que l'on doive étendre, à cette hypothèse, la doctrine formulée dans les arrêts de la Cour suprême précédemment signalés (2) d'après lesquels est suffisante la connaissance acquise par le contexte même de l'acte de l'intéressé. Encore ne faut-il pas être trop affirmatif sur ce point, car une décision très récente a écarté l'équivalence de deux mesures de publicité parce que « la publicité en matière de constitution ou transformation de

1. Civ., 5 juillet 1882, D. P. 1883.1.350, S. 1884.1.115.

2. La connaissance est, en ce cas, tout aussi certaine et facile à prouver.

société, n'a pas le même but ni le même objet que les formalités prescrites par l'article 1690 (C. civ.) » (1). Pris sous cet angle, l'argument peut être généralisé à toutes les mesures de publicité; c'est un retour au raisonnement purement abstrait qui avait inspiré la théorie d'Esmein et de Danjon. Or, en ces matières, la question qui se pose est surtout une question de fait : en fait, le tiers pouvait-il et même ne devait-il pas connaître l'acte? Nous avons rencontré de nombreuses hypothèses où la réponse était affirmative; il nous reste à signaler un cas où la pleine équipollence de deux mesures de publicité a toujours été très facilement admise par une jurisprudence qui ne s'est jamais démentie.

Dès 1867, la Chambre des Requêtes estimait que l'article 36 du code de commerce « en autorisant la transmission des actions par transferts sur les registres de la société a voulu créer un mode nouveau et plus facile de transmission, mais non interdire les autres modes du droit commun » (2). La Cour de Paris s'est prononcée dans le même sens en 1922 (3); et la Chambre civile (4) semble avoir consacré définitivement l'équivalence entre les formalités du transfert de valeurs nominatives et celles de la signification; reprenant exactement les termes de l'arrêt de 1867 elle les a étendus aux obligations émises par les sociétés anonymes. Le champ d'application de cette jurisprudence

1. Nancy, 15 décembre 1926, précité.

2. Req., 4 décembre 1867, S. 1868.1.39, D. P. 1868.1.176.

3. Paris, 12 avril 1922, rapporté par BÉZARD-FALGAS, *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et d'obligations nominatives*, Paris, 1924, p. 122.

4. Civ., 5 janvier 1926, D. P. 1926.1.65, note de M. WAGNER, S. 1926.1.97, note de M. LYON-CAEN.

est d'ailleurs limité aux valeurs industrielles; en effet, des textes formels, la loi des 16-24 août 1793 et l'article 15 de l'arrêté du 27 prairial an X, s'opposent à ce qu'une signification soit l'équivalent d'un transfert régulier de rentes nominatives sur l'Etat; ces dispositions répondent, sans doute, au désir de simplifier le rôle joué par le Trésor public.

Même restreinte aux valeurs industrielles, cette Jurisprudence ne va pas sans soulever quelques difficultés; à l'égard du tiers cédé, c'est-à-dire de la société émettrice, la signification de la cession est valable; cette solution est admise en doctrine (1); elle se rattache à la tendance que nous avons signalée d'après laquelle la connaissance de la cession par le tiers cédé est aisément considérée comme remplaçant la mesure de publicité. Mais les tiers autres que la société sont-ils de mauvaise foi parce qu'ils ont connu la cession des titres au moyen d'une signification? Pour que la question puisse se poser, il faut supposer qu'un tiers, second acquéreur, par exemple, présente sa déclaration de transfert, avant que l'immatricule ait été modifié à la suite de la première opération. L'établissement émetteur qui aura reçu signification de la cession devra porter celle-ci à la connaissance du tiers et ne pourrait pas, sans engager sa responsabilité, laisser opérer le transfert. C'est ainsi que dans la dernière espèce un créancier n'a pas pu faire saisie-arrêt contre le titulaire apparent parce qu'une cession avait été auparavant signifiée à la société. Il résulte de ces solutions qu'en fait l'impossibilité de procé-

1. LYON-CAEN, note précitée; TIMBAL. *De la Cession des titres nominatifs par les modes du droit civil*, Rev. crit., 1926, p. 462.

der à la mesure de publicité coexiste avec la connaissance d'une précédente opération; mais ce n'est pas directement cette connaissance qui empêche le tiers de procéder au transfert, c'est bien plutôt le refus de la société (1).

Arrivé à ce point de nos développements nous croyons utile de résumer les résultats que nous avons obtenus. La théorie d'après laquelle toute mesure de publicité peut être suppléée par la connaissance que les tiers ont de l'acte non publié, n'est pas une simple vue de l'esprit, ni une construction purement abstraite. Elle a été, à de nombreuses reprises, appliquée à toutes les mesures de publicité, mais d'après des modalités différentes qui laissent supposer qu'en fait, il s'établit une certaine hiérarchie entre ces mesures de publicité. Cette constatation n'est pas purement arbitraire; elle se dégage de l'ensemble de la Jurisprudence; nous la trouvons presque textuellement formulée dans un arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux que nous avons déjà cité (2) « la protection des tiers, assurée par la publicité des ventes de navire, ne va pas jusqu'à garantir les tiers de mauvaise foi, étant reconnu qu'on ne saurait attribuer à cette publicité les effets que la loi de 1855 a rigoureusement attachés à la formalité de la transcription. » Au degré le plus élevé, il y aurait la transcription, non seulement celle qui résulte de la loi de 1855, mais encore celle prévue par le code civil. A cette transcription, il faut sans doute joindre les mesures de publicité qui s'y rattachent par leur esprit, celles notamment qui visent les cessions des fonds de commerce, les brevets d'inven-

1. TIMBAL, *loc. cit.*, p. 461.

2. Bordeaux, 27 décembre 1920, précité.

tion etc... Ce n'est qu'en des cas exceptionnels qu'elles peuvent être remplacées par une connaissance précise de l'acte non publié.

Au degré intermédiaire, on trouverait les formalités de l'article 1690 du code civil : la connaissance est admise dans une mesure beaucoup plus large, mais encore un peu indéterminée.

Enfin, à l'échelon le plus bas, la mutation en douane, d'après la jurisprudence, pourrait toujours être remplacée par la connaissance de l'acte demeuré occulte.

Nous croyons avoir rendu assez exactement la texture de la Jurisprudence; mais cette classification ne repose sur aucune donnée rationnelle; sous l'aspect qu'elle présente, en ce moment, la théorie de la connaissance est encore dans un état de transition dont elle ne peut que difficilement se dégager. En effet, elle est maintenue dans une situation précaire par le système que nous avons appelé la thèse transactionnelle. Si l'évolution se continue dans le sens d'un rôle sans cesse plus grand de la connaissance, elle ne résultera que de l'évolution interne de la conception transactionnelle.

Celle-ci jouit d'un prestige considérable; elle a été formulée par une Doctrine importante (1) et la Jurisprudence en fait des applications nombreuses et constantes.

1. AUBRY et RAU, t. II, § 209, p. 459; t. III, § 267, p. 484; t. V, § 359 bis, note 12, 5^e éd.; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, n° 792; FLANDIN. *De la transcription en matière immobilière*, 2 vol., n° 880; HUC. *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, 2 vol., Paris, 1891, nos 351 et s.; LYON-CAEN, note au S. 1894. 1.385, sous Req. 27 novembre 1893; TROPLONG. *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, n° 190; WAHL, note au S. 1898.1.113, sous Civ. 7 juillet 1897.

112. — Le point de départ de ce troisième système est le même que celui de la première théorie : *les formalités de publicité ne se suppléent pas*. La loi a organisé un procédé spécial pour porter des actes à la connaissance des tiers et celle-ci ne peut résulter que de la publicité organisée par la loi.

Cependant, les raisons alléguées pour expliquer cette rigueur ne sont pas exactement celles proposées par les auteurs qui avaient élaboré le premier système. L'argument tiré de l'article 1071 (C. civ.) est parfois développé sans qu'on lui attribue néanmoins une importance considérable; les auteurs s'en tiennent plutôt à des considérations pratiques, « toutes les fois que la loi organise un mode de publicité, les tiers peuvent se prévaloir du défaut de publicité, alors même qu'ils ont connu l'acte non publié. On provoquerait une multitude de contestations, on donnerait une prime à la négligence des intéressés si on décidait le contraire » (1).

Mais ceci ne constitue que la première partie du système. Au principe ainsi formulé, les auteurs, suivis par la Jurisprudence, ajoutent une restriction importante : le tiers n'est pas admis à invoquer l'absence de publicité s'il y a eu entre lui et le vendeur un *concert frauduleux* pour dépouiller le premier acquéreur. C'est par cette atténuation, que ce système transactionnel se tient à mi-chemin entre les deux théories que nous avons précédemment étudiées.

1. WAHL, note précitée; Cf. Req. 19 avril 1893, S. 1894.1.289, donnant la même solution au sujet de la publicité relative à la dissolution d'une société.

La formule abstraite en est séduisante. Quels sont les résultats pratiques auxquels on est amené? En fait, comme le dit M. Lyon-Caen, « la mauvaise foi comporte deux degrés en cette matière » (1); la simple connaissance implique une mauvaise foi trop peu caractérisée pour être prise en considération; seule importe la mauvaise foi que révèle un concert frauduleux. Mais quel est donc le critère qui permette de distinguer la connaissance du concert frauduleux? Celle-là ne comporte-t-elle pas nécessairement celui-ci? La discrimination à opérer entre les deux notions paraît bien subtile, les auteurs modernes comme M. Ripert (2) et M. Savatier (3) le reconnaissent expressément. Celui-ci va même jusqu'à écrire que « distinguer la simple mauvaise foi du second acquéreur et un concert frauduleux, c'est poursuivre le vide » (4). Nous hésitons, cependant, à croire qu'une théorie aurait connu pareille fortune si elle avait reposé sur une simple logomachie; la différence qui existe entre les deux notions est peut-être contestable, mais elle doit, néanmoins, être concevable.

Tout l'effort doit porter sur la définition du concert frauduleux. A plusieurs reprises, les tribunaux ont tenté cette définition, et à ce propos, nous croyons devoir signaler un phénomène assez peu fréquent : une opposition curieuse entre la Chambre civile et la Chambre des Requetes de la Cour de Cassation. La Chambre civile a eu

1. LYON-CAEN, *note précitée*.

2. RIPERT, *op. cit.*, p. 307.

3. SAVATIER, *note* au D. P. 1926.1.185, sous Req. 6 avril 1925 et Civ. 7 décembre 1925.

4. SAVATIER, *note précitée*.

récemment (1) à intervenir en cette matière parce qu'un arrêt de Cour d'Appel avait accepté la simple connaissance comme constitutive de la mauvaise foi; cette décision fut cassée parce qu'elle n'avait pas constaté de concert frauduleux entre le vendeur et le second acquéreur, concert frauduleux qui, d'après la Chambre civile, est « caractérisé par des manœuvres dolosives ayant pour but de dépouiller le premier acquéreur ». A prendre cette définition au pied de la lettre, la mauvaise foi consisterait seulement à suggérer au premier acheteur que les frais de transcription sont trop élevés et qu'il est inutile de procéder à cette formalité. La Chambre des Requêtes qui statue ordinairement seule en ces matières, car la plupart des pourvois sont formés contre des arrêts conformes à la théorie de la fraude, n'a pas abandonné sa jurisprudence ancienne; dans le dernier arrêt que nous connaissons elle décide que « des présomptions graves, précises et concordantes il résultait que le vendeur et L... s'étaient concertés pour évincer les consorts A. C. à l'aide d'une deuxième vente frauduleuse suivie de transcription » (2). A proprement parler, cet arrêt ne contient pas une définition du concert frauduleux, mais par son silence, il écarte la définition qu'en avait donnée la Chambre civile; il se réfère à une notion précédemment élaborée qu'il nous faut préciser. A plusieurs reprises, les tribunaux se sont essayés à définir le concert frauduleux et, pour l'instant, nous pouvons retenir cette formule intéressante d'après laquelle : « autre chose est une connaissance quelconque qu'aurait le

1. Civ., 7 décembre 1925, précité.

2. Req., 24 juin 1929, S. 1930.1.22.

second acquéreur de la première vente, autre chose la connaissance que lui aurait donnée le vendeur lui-même » (1). Nous croyons que c'est là la meilleure synthèse qui nous permette de regrouper les caractères du concert frauduleux; il faut rapprocher cette définition de la connaissance résultant d'actes juridiques; dans l'un et l'autre cas, il y a connaissance expresse et indiscutable. Le concert frauduleux serait, par opposition à la connaissance pure et simple, le résultat d'un accord *exprès* entre le vendeur et le second acquéreur. Il nous reste à démontrer le bien-fondé de l'opinion que nous formulons; dès maintenant, nous pouvons indiquer qu'elle cadre parfaitement, à première vue, avec la critique adressée au système de la simple connaissance : à savoir, la difficulté de la preuve; si notre hypothèse se vérifie, la preuve du concert frauduleux est aisée puisqu'elle résulte de faits positifs.

Le promoteur du concert frauduleux est indifféremment le vendeur ou l'acheteur : l'opération se déroule toujours d'après un schéma à peu près invariable que l'on trouve dégagé dans le premier arrêt que la Chambre des Requêtes a rendu en matière de transcription immobilière : « après s'être assuré que cette vente n'avait pas été soumise à la formalité de la transcription X... a persuadé au vendeur, en lui offrant un prix plus élevé, de consentir à son profit une seconde vente des mêmes biens, dans l'intention et dans le *but avoué* de prévenir à la transcription la première et d'en détruire les effets à son profit » (2). La

1. Req., 27 novembre 1893, D. P. 1894.1.342, S. 1894.1.385; — Lyon, 6 juillet 1883, D. P. 1885.2.259.

2. Req., 8 décembre 1858, S. 1860.1.991.

Cour d'Appel de Grenoble (1) s'est trouvée en présence d'une espèce où le concert frauduleux était aussi nettement établi, où le second acheteur prenait une telle influence sur le vendeur qu'il se faisait consentir la seconde vente à un prix inférieur à celui de la première. La même constatation pourrait être faite dans plusieurs autres décisions (2); mais pour une raison que nous indiquerons par la suite, les arrêts plus récents sont moins explicites. Ce système du concert frauduleux ainsi conçu, conduit aux résultats suivants : tant que la seconde opération s'est négociée par un *accord tacite* il n'y a pas de concert frauduleux. Que le vendeur et le second acheteur, ne se fassent point part expressément de leurs pensées, il n'y aura pas fraude, bien que chacun sache parfaitement ce qu'il fait. C'est dans cet esprit qu'il a été décidé que « les diligences d'un acquéreur qui se hâte de réaliser une vente sachant qu'il va se trouver en concurrence avec un autre acquéreur des mêmes biens, ne sauraient constituer en droit, le dol qui vicie les conventions. » (3). Qu'au contraire, l'un ou l'autre des contractants formule leurs intentions communes et voilà le concert frauduleux réalisé! C'est un véritable sophisme et une prime à l'hypocrisie. Que le concert frauduleux soit tacite ou exprès il n'en existe pas moins; en fait, il est avéré que les difficultés de preuve ne sont pas plus considérables dans un cas que dans l'autre. L'argument pratique invoqué pour écarter le système de la connais-

1. Grenoble, 14 août 1869, S. 1870.2.35, D. P. 1870.2.151.

2. Req., 15 juin 1922, D. P. 1922.1.180, S. 1924.1.181; — Dijon, 10 juin 1891, D. P. 1892.2.469; Riom, 23 novembre 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.2.611.

3. Orléans, 4 mars 1896, D. P. 1896.2.515, S. 1898.2.25.

sance ne porte pas. D'autre part, comment établir, à coup sûr, jusqu'à quel point le concert frauduleux a été tacite ou non? Les tribunaux et spécialement la Cour de Cassation, ont tourné la difficulté par un procédé extrêmement simple sinon très juridique qu'a relevé M. Ripert, « les arrêts qui constatent la connaissance s'empressent de déclarer qu'il y a eu manœuvre dolosive et entente avec le vendeur » (1). Par suite, en réalité, il n'y a plus guère de difficulté; dans bien des hypothèses, la seule connaissance de la première vente suffit, en fait, à rendre inefficace la transcription opérée; par ce détour la jurisprudence arrive à des solutions conformes à la tendance « morale » qui s'introduit de plus en plus dans le droit. Si le principe demeure, il semble bien que ce n'est plus qu'une fiction destinée à conserver au moins l'extérieur des solutions traditionnelles; l'arrêt de la Chambre des Requêtes, dernier en date sur ces matières, n'exige plus pour admettre le concert frauduleux que « des présomptions graves, précises et concordantes » (2). Présumer le concert frauduleux même en s'appuyant sur des faits qui peuvent sembler pertinents, n'est-ce pas un glissement très net vers la théorie de la connaissance? Pour l'instant encore, les expressions n'ont pas changé, mais nous croyons discerner des symptômes importants d'une évolution qui ramènerait le concert frauduleux à la simple connaissance; pour qu'il en soit ainsi, point n'est besoin que soit expressément reconnue cette assimilation.

En résumé, nous pouvons conclure que, d'une manière

1. RIPERT, *op. cit.*, p. 307.

2. Req., 24 juin 1929, précité.

générale, la connaissance de la situation véritable rend le tiers indigne d'invoquer la théorie de l'Apparence.

Toutefois, cette règle comporte au moins à l'heure actuelle certaines restrictions. Quand la loi a créé des formalités de publicité destinées à informer les tiers d'un fait, la seule connaissance n'est pas toujours suffisante pour que la mauvaise foi du tiers soit reconnue. Cette exception, difficile à justifier, semble en recul. Sa disparition complète aurait pour conséquence d'accentuer le caractère *moral* de la théorie de l'Apparence.

CHAPITRE II

L'IGNORANCE DE LA SITUATION VÉRITABLE

113.— Les explications que nous allons fournir dans ce chapitre sont déjà contenues en puissance et parfois même partiellement exprimées dans notre étude sur l'Elément matériel de l'Apparence. Il y a, en effet, entre les deux éléments constitutifs de la situation apparente une interdépendance telle qu'il est, en certains cas, impossible de formuler complètement l'un d'eux sans, par là même, démontrer entièrement le mécanisme et mettre à nu une partie de l'élément complémentaire. Nous avons cependant le sentiment que les développements que nous allons consacrer à l'ignorance de la situation véritable ne constituent pas une simple redite. En effet, à cette place nous allons essayer de systématiser les résultats épars qui n'avaient été signalés qu'incidemment, cette synthèse étant indispensable pour donner de l'Apparence une vue nette et complète.

114.— « L'apparence engendre spontanément en dehors de toute contestation une croyance qui, loin d'être provoquée par un raisonnement laborieux, ne pourrait être détruite que par une critique très serrée, en l'absence de laquelle elle s'impose avec la force de l'évidence.

La théorie de l'Apparence n'est pas une planche de

salut à l'usage des négligents et des étourdis, mais une protection réservée aux victimes d'une croyance légitime (1) ».

Le tiers placé en face de l'élément matériel tel que nous l'avons déterminé ne doit pas savoir qu'il ne correspond pas à la réalité.

Si la règle est des plus simples à formuler, il est, par contre, très difficile d'apporter des précisions : ou l'on s'en tient à des formules abstraites qui, en pratique, peuvent recevoir de multiples interprétations; ou l'on se cantonne dans l'étude des solutions d'espèces dont une idée générale ne se dégage pas sans peine. D'autre part, la question n'a pas été posée dans son ensemble. Ces diverses hypothèses ont été étudiées fragmentairement; presque chaque catégorie de l'élément matériel a fait l'objet d'une étude séparée; l'élément psychologique, complément indispensable, a été limité au même cadre. Il en est résulté une multiplicité de qualifications : l'ignorance de la situation véritable a été qualifiée simultanément, ou bonne foi, ou erreur commune, ou erreur invincible.

115. — A quoi correspondent ces variantes dans la terminologie? Nous écartons *a priori* l'hypothèse qui verrait en elles l'effet d'un pur hasard. Mais puisque ces termes différents correspondent à des situations distinctes les unes des autres, après avoir précisé le sens de chaque terme et établi entre eux une gradation, il nous faudra en rechercher les justifications. Cette gradation correspond-elle à une réalité, ou au contraire n'est-elle qu'un artifice

1. VOIRIN, note au D. P. 1929.2.81, sous Bordeaux, 10 décembre 1928.

de juristes utilisé pour parvenir à certaines solutions désirables?

La notion de bonne foi, à plusieurs reprises consacrée par le Code civil, n'a pas soulevé de difficultés bien nombreuses; l'effort essentiel des commentateurs du code a surtout porté sur les effets de la bonne foi; quant à la notion elle-même, elle n'a pas fait l'objet de bien strictes définitions : l'une des dernières en date est celle proposée par M. Breton : «*la bonne foi du Code civil est la croyance erronée à l'existence d'une situation juridique* (1).» Quant à M. Gorphe, il propose la formule suivante : «*la volonté sincère, loyale et fidèle dans le dire, dans le contracter et dans le faire représente la bonne foi exigée par le droit en même temps que par la morale, dans les diverses formes des relations juridiques* » (2). Mais les auteurs se sont rarement attachés à préciser quel était le degré de vraisemblance que devait présenter la situation juridique pour que la croyance qu'elle fait naître fût admissible; il semble bien que l'ignorance pure et simple de la situation véritable suffise, même si elle est fautive, affirme M. Breton; il y a là une exagération manifeste, d'autant plus que, d'après le même auteur, le doute est exclusif de la bonne foi. Quoiqu'il en soit de ce point particulier, nous retenons l'ensemble de la définition.

Les hypothèses d'Apparence sont nombreuses où la bonne foi, à elle seule, permet aux tiers d'invoquer la situation apparente. On ne trouve pas la règle directement formulée dans le code civil; l'article 1321 qui rend inoppo-

1. BRETON. *Des effets civils de la bonne foi*, Rev. crit. 1926, p. 89;

2. GORPHE. *Le principe de la bonne foi*, thèse Paris, 1928, p. 46.

sables aux tiers les contre-lettres, n'exige pas expressément que ces tiers soient de bonne foi; cependant ce complément ajouté à la règle légale est très facilement accepté : seule, la bonne foi rend les contre-lettres inopposables (1).

Il en est de même en matière de propriété apparente de meubles : la bonne foi suffit à rendre le droit de l'acheteur incommutable. Enfin, toutes les applications de la théorie de l'Apparence en droit commercial ne comportent, elles non plus que la bonne foi, qu'il s'agisse de la règle de l'inopposabilité des exceptions, ou du mandat apparent.

Dans tous les cas où la bonne foi c'est-à-dire la simple *croyance erronée* suffit, l'Apparence a été assez facilement admise. Elle soulevait, sans doute, comme toujours une grave question de principe, mais il est un fait d'expérience que l'inopposabilité des exceptions, par exemple, n'est plus critiquée, au moins, en certains cas.

Si nous insistons quelque peu sur ce point, c'est que nous allons expliquer l'exigence de l'erreur commune et de l'erreur invincible par l'anomalie des solutions qu'elles permettent d'obtenir. On les retrouve l'une et l'autre surtout en matière civile et plus précisément dans les applications de la théorie de l'Apparence à la propriété immobilière (2). L'Apparence rendait inapplicable sur certains

1. Civ., 8 mars 1893, D. P. 1893.1.243; Req., 15 juillet 1896, D. P. 1897.1.460.

2. Cf. la jurisprudence sur la validité des actes de l'héritier apparent, notamment : Req., 3 juillet 1877, D. P. 1877.1.429, S. 1878.1.38; Civ., 13 mai 1879, D. P. 1879.1.417, S. 1880.1.26; Civ., 26 janvier 1897, S. 1897.1.313, D. P. 1900.1.33. Cependant, la terminologie a tendance à s'assouplir et à devenir moins nette; le dernier arrêt de la Chambre des Requêtes (6 janvier 1930, D. H. 1930.49) manque de précision : « l'erreur commune sur la qualité de la dame D... s'était imposée aux acquéreurs...

points le régime légal des transactions immobilières (cf. nos 5 à 9 et 12). Pour enfreindre les règles ainsi posées il était indispensable d'avoir des raisons impérieuses. La bonne foi, telle qu'elle était ordinairement conçue n'était pas un argument suffisant; pour que le tiers fut jugé digne de la grave mesure d'exception qui était prise en sa faveur, il était nécessaire qu'il fut victime d'une erreur commune ou d'une erreur invincible.

Alors que la théorie de l'Apparence en était à ses premières applications, la notion d'erreur commune fut la plus employée. C'était la solution toute naturelle puisqu'elle constituait la simple traduction de l'adage latin qui étayait la théorie. Puis on vit apparaître une autre expression plus puissante; l'erreur invincible eut tendance à supplanter l'erreur commune dans la terminologie juridique.

Derrière ces mots et ces modifications d'expressions qu'y avait-il au juste de réalité vivante? Il s'agissait bien toujours d'une ignorance, mais quelles étaient ses caractéristiques, en quoi différaient-elles de celles de la bonne foi?

Qu'est-ce qu'une erreur commune? Faut-il donner à ce terme une interprétation littérale? L'erreur commune serait-elle seulement celle qui a été commise par plusieurs personnes et même par tout le monde². A notre avis,

ils étaient dès lors de *bonne foi...* ». Que la victime de l'erreur commune soit de bonne foi c'est une affirmation inutile car elle se dégage par *a fortiori*; il semble plutôt que les deux termes soient pris comme équivalents. Nous remarquons la même confusion dans la jurisprudence relative à l'inopposabilité de la simulation à un sous acquéreur par le créancier du vendeur simulé : Nîmes, 16 mai 1927, D. P. 1929.2.68 (2 arrêts)... « si ayant traité avec une *entière bonne foi...* et sous le coup d'une *erreur invincible...* »

c'était probablement l'idée qui inspirait les premiers juristes qui firent usage de cette formule. La généralité des erreurs communes justifiait l'exception aux règles du droit; elles créaient, sans doute, à leurs yeux, comme une sorte de coutume qui s'opposait au droit.

Mais une analyse plus pénétrante devait faire échec à cette conception de l'erreur commune. Il est, en effet, absurde de s'arrêter à un critérium purement objectif ayant pour base le nombre plus ou moins élevé de ceux qui ont cru régulière la situation apparente; il est, en effet, impossible de fixer raisonnablement à partir de quel nombre une erreur deviendrait commune. Veut-on dire au contraire que l'erreur commune est absolument universelle? C'est une interprétation qui conduit à une impossibilité pratique, elle annihile complètement la théorie « car bien souvent, celui-là même qui crée l'apparence est de mauvaise foi, il connaît parfaitement la vérité..., c'est ainsi que le propriétaire apparent s'est souvent frauduleusement approprié la chose... (1) ». La Doctrine moderne, pas plus d'ailleurs que la Jurisprudence, n'a jamais admis que l'erreur commune fut celle de la masse. Pour paradoxal que soit ce rapprochement de mots, l'erreur commune a été appréciée subjectivement. Il en a été ainsi parce que l'on n'a pas tardé à s'apercevoir que « l'erreur commune... se ramène toujours à une erreur individuelle. C'est une bonne foi de nature spéciale, mais c'est une foi » (2).

1. H. MAZEAUD. *La maxime Error communis facit jus*, Rev. trim., 1924, p. 936.

2. LONIEWSKI. *Essai sur le rôle actuel de la maxime Error communis facit jus*, thèse Aix, 1905, p. 108.

Il en résulte une discordance entre les mots et l'idée qu'ils recouvrent; la qualification de commune appelait une appréciation objective, or, celle-ci est devenue subjective pour des raisons logiques ou pratiques incontestables. C'est alors qu'est apparu en Doctrine et en Jurisprudence un terme de remplacement; on commença par dire « erreur commune invincible », puis plus simplement « erreur invincible. » Les deux expressions ont-elles un sens identique? Il semblerait *a priori* que l'affirmative ne pût pas être contestée. Cependant M. H. Mazeaud établit une hiérarchie entre l'erreur commune et l'erreur invincible. L'erreur commune ne serait pas nécessairement une erreur invincible; tout au plus « le fait que l'erreur est communément partagée crée une présomption d'invincibilité (1) ». Rationnellement la distinction se conçoit, mais elle nous paraît trop subtile pour pouvoir être vraiment pratique. Elle est d'autant plus subtile que le critère de l'invincibilité est lui-même des plus délicats à manier : « Les juges du fait déclarent l'erreur invincible, lorsque se mettant au lieu et place de celui qui s'est trompé, ils supposent qu'ils n'auraient pas eux-mêmes échappé à l'erreur (2) ». Est-ce un critère subjectif, est-ce un critère abstrait? Il est subjectif en ce sens que le juge tient compte de la personnalité de celui qui s'est trompé; mais cette interprétation comporte des limites fort strictes. Il ne suffit pas, en effet, que la sincérité soit profonde, il faut encore que le juge suppose qu'il l'aurait partagée. Par cette restriction on est ramené à un critère essentiellement abstrait, tel que celui

1. H. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 938.

2. H. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 939.

du bon père de famille ou de l'homme extrêmement diligent.

Mais bien rares sont, en fait, les cas où la question se pose avec cette simplicité; il nous a semblé que les juges du fait évitaient, dans bien des cas, de se prendre pour modèles. Il est parfois bien difficile de discerner si le critère adopté est abstrait, subjectif ou objectif; il lui arrive bien souvent de n'être qu'une moyenne, une combinaison de ces critères théoriques; la pratique est beaucoup plus souple et plus diverse, elle ne peut être qu'imparfaitement « encadrée » dans une formule.

A la base même de toutes ces distinctions, il y a un vice initial; les expressions bonne foi, erreur commune, erreur invincible ne révèlent pas exactement leur signification juridique; les deux dernières sont le résultat d'un artifice de raisonnement ou mieux de terminologie, par suite il est vain de rechercher minutieusement ce qu'ils recouvrent. L'analyse ne peut que s'égarer.

Les différences qui existent entre le sens de ces mots : bonne foi, erreur commune, erreur invincible qui peuvent être très nettes dans le langage courant, sont au contraire assez indécises dans le vocabulaire juridique. A aller au fond des choses, il s'agit toujours, en toutes hypothèses, d'apprécier si l'erreur du tiers qui invoque l'apparence n'est pas excusable. Son ignorance de la situation est-elle excusable? Voilà tout le problème; pour le résoudre, il faut seulement déterminer par rapport à quels points fixes sera appréciée l'excusabilité de l'erreur.

Nous pensons que l'emploi des termes que nous avons signalés a créé autour de la théorie de l'Apparence une

ambiance de sévérité et de difficulté peut-être indispensable pour permettre d'accepter certaines solutions; mais à coup sûr, il y a eu, en ce sens, une exagération restée, d'ailleurs, purement verbale. « La vérification d'une apparence n'est presque jamais une impossibilité absolue. Mais les nécessités du commerce juridique obligent à limiter l'effort pour y arriver. On contrôle les indices les uns par les autres; la concordance dans les apparences nous donne la conviction qu'elles correspondent à la réalité. On a rempli tout son devoir quand on a relevé cette concordance (1) ». Cette tendance s'accroît dans les décisions les plus récentes; nous avons déjà signalé à plusieurs reprises, en étudiant l'Elément matériel de l'Apparence, que le minimum exigé devient sans cesse moins difficile à réaliser. Il en résulte, par voie de conséquence, que, dans la même mesure, les exigences relatives à l'Elément psychologique sont moins strictes.

116. — Depuis les manifestations les plus anciennes de la théorie de l'Apparence jusqu'aux tout dernières applications, l'ignorance de la situation véritable avait toujours résulté d'une erreur de fait; celle-ci entraînait inévitablement une erreur de droit; mais il n'en restait pas moins exact que l'Apparence ne prenait pas sa source dans la méconnaissance d'une règle de droit; seule une situation de fait était mal interprétée. La règle contraire n'avait fait jusqu'ici que de rares apparitions et exclusivement en matière de droit international privé; c'est ainsi qu'il avait été jugé à plusieurs reprises que la déclaration d'un étran-

1. AGATSTEIN. *Le dol des incapables à l'occasion d'un contrat*, thèse Paris, 1927, p. 201.

ger mineur mais âgé de plus de vingt-et-un ans créait une apparence de capacité (1); il y avait cependant sur ce point erreur de droit, ignorance de la loi mais d'une loi étrangère; il faut rapprocher ces décisions de la jurisprudence de la Cour de Cassation d'après laquelle la loi étrangère ne donne pas, en principe, lieu à pourvoi en Cassation. Ces solutions étaient restées isolées et s'expliquaient par des considérations qui leur étaient spéciales. Cependant la Chambre des Requêtes vient, cette année même, de décider qu'une erreur de droit pouvait constituer la source d'une situation apparente (2). Les biens litigieux avaient fait l'objet d'une renonciation à succession : d'après l'article 786 (C. civ.) les biens étaient dévolus au degré subséquent : or la renonciation avait été faite au profit d'un successeur irrégulier du *de cuius* qui ne pouvait être héritier parce qu'il restait des successibles d'un degré plus proche. Le détenteur des immeubles les avait vendus à des tiers qui connaissaient, à en croire les termes de l'arrêt, l'existence des successibles mais ignoraient leur qualité. L'erreur de droit est flagrante; elle était cependant suscitée en partie par un certificat de notoriété qui affirmait que la venderesse était bien propriétaire; la Chambre des Requêtes a trouvé l'excuse suffisante.

M. Savatier (3) estime que cette décision est trop

1. Req., 16 janvier 1861, D. P. 1861.1.193, S. 1861.1.305; Civ., 29 juillet 1901, *Clunet*, 1901, p. 971; — Paris, 8 janvier 1883, S. 1884.2.169; Paris, 20 mars 1890, *Gaz. Pal.*, 1890.1.170; Bordeaux, 11 avril 1906, *Clunet*, 1906, p. 1119.

2. Req., 6 janvier 1930, D. H. 1930.49.

3. SAVATIER, note dans *Rev. trim.*, 1930, p. 158.

L'erreur de droit a fait jusqu'ici, en matière d'apparence, l'objet de décisions peu nombreuses. Pour écarter l'erreur de droit, il est facile

libérale et il insiste sur la négligence ordinairement apportée à la rédaction des actes de notoriété; l'observation est des plus justes mais elle ne nous semble pas infirmer la doctrine de la Chambre des Requêtes. Un acte de notoriété, en effet, quelles que soient les conditions dans lesquelles il a été dressé, possède aux yeux des non-initiés une valeur probatoire considérable. Emané d'un notaire il est facilement considéré comme contenant l'expression de la vérité juridique; en pratique les erreurs commises par les notaires sont extrêmement rares. Par suite, il est très naturel qu'un tiers s'en tienne à l'acte de notoriété qui établit les droits de son contractant. L'erreur de droit demeure, mais elle est estompée par l'acte de notoriété; ceci évidemment en fait et non pas en droit, mais toute la théorie de l'Apparence repose sur des considérations *de fait* de même nature que celles que nous venons d'indiquer.

Il n'en demeure pas moins que cet arrêt apporte une solution hardie. Elle se justifie d'ailleurs par les mêmes moyens que toutes les autres solutions consacrant l'Apparence. C'est un accroissement considérable de la théorie de l'Apparence. Quelle sera la fortune réservée dans l'avenir à cette extension? Nous ne croyons pas nous tromper en affirmant qu'elle sera admise peu à peu, non sans résistance, sans doute, mais elle est dans la logique de la théorie sous la seule condition que l'erreur de droit ne soit pas absolument évidente.

d'invoquer l'adage *Nemo legem ignorare censetur*; mais la question n'est pas pour cela résolue; car développant la théorie de l'Apparence, il faut se demander si l'ignorance était inévitable et à quelles conditions? Si l'ignorance est estimée nécessaire peut-on en tenir compte en consolidant la situation? Pour l'instant, la solution est encore fort indécise.

Mais nous ne voulons pas anticiper sur une évolution encore incertaine; nous avons tenu à signaler ces faits parce qu'ils sont intéressants et pourraient être l'amorce de solutions à venir, mais pour l'instant, l'erreur qui se trouve à la base de toute situation apparente est, en principe, une erreur de *fait*. Le tiers a cru que la situation de *fait* correspondait exactement à la situation de droit; il s'est trompé dans l'analyse du *fait*, mais il n'a pas commis une mauvaise interprétation de la loi. Nous n'en voulont qu'un exemple : un individu est mort sans laisser d'héritier réservataire, l'héritier du degré le plus proche a appréhendé la succession; par la suite, un testament est découvert qui désigne comme légataire une autre personne; le tiers qui aura traité avec le successible n'aura commis aucune erreur de droit mais seulement une erreur de fait.

117. — Mais encore faut-il que cette erreur de fait soit excusable; encore faut-il que le tiers n'ait pas été négligent. Comment s'établira cette « excusabilité » et d'après quels critères?

Une question préjudicielle se pose : le doute exclut-il le caractère excusable de l'erreur? Jusqu'à ces derniers temps la question ne semblait pas offrir de difficultés : celui qui a soupçonné que l'apparence ne correspondait pas à la situation véritable n'a pas, à proprement parler commis une erreur, aussi n'est-il pas excusable d'avoir négligé de préciser ses soupçons; c'est ce qu'avait jugé le tribunal civil de la Seine (1) « ... les demandeurs ont loyalement reconnu que dès les premières commandes ils avaient *soupçonné* que les défendeurs n'étaient pas mariés...

1. Tr. civ. Seine, 10 décembre 1901, D. P. 1904.2.238.

dans ces conditions il échet de déclarer mal fondée la demande contre T... » Mais il faut que le tiers puisse contrôler le bien-fondé du soupçon; sinon les tribunaux ne doivent pas en tenir compte; c'est au moins ce qu'affirme un jugement du tribunal civil de la Seine (1) dans un de ses motifs « les manœuvres frauduleuses... ont été totalement ignorées de D... dont la bonne foi est évidente... même si ceux-ci avaient pu concevoir des doutes sur la véracité de la signature de la venderesse *ils ne disposaient d'aucun moyen pour en contrôler l'exactitude* ».

Cette dernière décision est des plus intéressantes, d'abord parce qu'elle apporte une restriction importante à la règle formulée et aussi parce qu'elle contient, nettement exprimée, l'idée qui domine toute la jurisprudence : l'« excusabilité » de l'erreur est appréciée en fonction des moyens dont disposait le tiers pour parvenir à la vérité.

Voici en quels termes se pose la question fondamentale : comment seront appréciés les moyens d'investigation mis en œuvre par le tiers? Seront-ils déterminés *in abstracto*, ou tiendra-t-on compte des éléments de fait particuliers à chaque espèce? C'est cette dernière interprétation qui prévaut : la Jurisprudence s'en tient à un critère essentiellement subjectif; elle prend en considération les particularités de chaque situation. Nous avons vu précédemment qu'elle légitime une erreur de droit commise par un négociant français quant à la capacité d'un étranger; réciproquement, elle reconnaît excusable l'erreur commise en France par un étranger; « il ne paraît pas

1. Tr. civ. Seine, 27 juin 1923, *Gaz. Pal.*, 1923.2.289 (1^{re} espèce).

possible (1) que A... qui est étranger ait pu penser un instant que la défenderesse, française, plaçant en France devant la juridiction de son domicile aurait été admise à plaider comme demoiselle si elle avait été femme mariée; par suite, en contractant avec elle sous ces mêmes noms et qualités il ne pouvait avoir le moindre doute que ce ne fut pas ses noms et qualité véritables ».

Par contre, que le tiers qui invoque la théorie de l'Apparence ait en mains les documents suffisants pour être éclairé sur la situation véritable et la Jurisprudence se montre impitoyable à son égard : c'est ainsi qu'un tiers ne peut pas invoquer en sa faveur une mesure de publicité alors qu'elle contient des mentions qui rendaient son droit caduc... « ...l'inscription de rente... portait l'indication précise de certains actes renfermant les conventions intervenues entre..., elles étaient portées à la connaissance des tiers par l'ensemble indivisible de l'inscription et L... ne saurait prétendre qu'il avait le droit de les ignorer » (2). De pareilles décisions s'expliquent aussi bien quand le tiers n'avait qu'à prendre une connaissance attentive de pièces qu'il détenait « la dame B... avait toutes possibilités de se renseigner sur les droits de son cédant avant de consentir à cette cession; l'acte de notoriété... mentionné dans la signification par elle faite de la cession... *contenait à cet égard des indications* suffisantes pour lui permettre d'éviter toute erreur » (3). De même, le tiers ne peut arguer de son ignorance quand il est établi par ses agissements

1. Tr. civ. Seine, 2 décembre 1910, *Gaz. Pal.*, 1911.1.212.

2. Req., 18 janvier 1905, S. 1906.1.347.

3. Tr. civ. Seine, 11 mars 1929, S. 1929.2.89.

antérieurs qu'il connaissait exactement la situation... « le tribunal, a décidé la Chambre civile (1), par une appréciation souveraine des circonstances de la cause, a déclaré sur ce point que la Régie ne pouvait ignorer que C... avait son principal établissement à B... où *diverses communications lui avaient été faites par les agents de l'administration* ».

Mais, en bien des hypothèses, le problème n'est pas aussi simple; les moyens d'investigation dont disposait le tiers, ou la preuve de sa connaissance ne sont pas aussi bien établis.

Il s'agit alors de savoir si les moyens mis en œuvre par le tiers pour parvenir à la connaissance de la situation véritable étaient des moyens normaux, et si l'utilisation qui en a été faite n'a pas été insuffisante. Pure question de fait, semble-t-il, mais dont il est possible de dégager quelques règles synthétiques.

Quoi que l'on fasse, la question de savoir si les moyens employés sont normaux est et demeure une question de fait, Tout ce qui est intéressant à signaler c'est que l'appréciation en est essentiellement *subjective*. Il n'y a pas de notion *abstraite du moyen normal*; celui-ci est apprécié en tenant compte de la personnalité de celui qui l'emploie. L'ignorance est jugée excusable quand les difficultés de se renseigner étaient telles qu'un moyen normal d'investigation était impuissant à déceler la situation véritable.

Ces difficultés proviennent ou de la distance qui sépare la situation apparente du lieu où se passe l'opération

1. Civ., 9 mai 1905, D. P. 1909.1.258.

litigieuse, ou bien des usages courants que l'on ne peut que malaisément enfreindre.

La théorie de la « distance » est d'application toute récente : la question s'était nettement posée devant la Cour d'Appel de Lyon qui avait préféré s'en tenir aux principes logiques. Il s'agissait d'une faillite close pour insuffisance d'actif, dont le jugement déclaratif avait été régulièrement publié. Plusieurs années après l'ouverture de la faillite, à plusieurs centaines de kilomètres du lieu de la faillite, le failli avait hérité de quelques titres déposés dans une banque. Celle-ci, sur présentation des actes de notoriété, les lui avait remis. Était-elle responsable à l'égard de la masse de faillite du montant des titres remis au failli ? La Cour de Lyon répondit affirmativement (1). Or « il était à peu près impossible, *en fait*, à la banque de connaître l'état de faillite du réclamant. La condamner, dans ces conditions, à payer une seconde fois au syndic, n'est-ce point faire preuve vis-à-vis d'elle d'une sévérité peu équitable ? » (2). M. Percerou incriminait « le défaut de permanence de la publicité des jugements déclaratifs de faillite et le maintien pendant un temps indéterminé de l'état de faillite lorsque celle-ci est close pour insuffisance d'actif ». Sur le premier point la loi du 20 janvier 1926 a organisé un système de publicité permanente par la voie du *Journal Officiel*. Par ce procédé, le problème de la distance semble résolu, mais il en naît un autre que nous envisagerons par la suite.

La Cour de Lyon avait donc refusé de tenir compte de

1. Lyon, 25 mars 1905, D. P. 1908.2.57, note de M. PERCEROU.

2. PERCEROU, *note précitée*.

la distance; la question s'étant à nouveau posée en ces derniers temps, elle reçut une solution favorable aux intérêts des tiers. Il résulte d'ailleurs de ces décisions, que la distance est appréciée d'une façon tout à fait subjective, eu égard aux moyens d'information dont dispose le tiers qui se dit de bonne foi : la distance qui sépare Montpellier de Marseille ou d'Avignon (1) est estimée suffisante pour créer une ignorance excusable, quand le tiers intéressé est un individu ne disposant pas normalement de moyens puissants d'investigation, alors que la distance doit être beaucoup plus considérable pour légitimer l'ignorance d'une banque (2).

Quant aux usages courants, ils sont appelés à jouer en ces matières un rôle extrêmement curieux à l'encontre des mesures de publicité. Ils légitiment l'ignorance de la situation véritable alors que celle-ci aurait pu être connue par une mesure de publicité. En matière personnelle une publicité ne peut être connue que si on demande à l'intéressé lui-même d'en fournir un extrait ou au moins de donner quelques indications qui permettent de faire des recherches rapides; cette dernière condition est à la base de l'efficacité de la publicité de la faillite telle que l'organise la loi du 20 janvier 1926; elle menace de rester inefficace parce qu'il sera impossible d'exiger de l'intéressé les renseignements utiles. De même il n'est pas entré dans les mœurs d'exiger, à propos de toutes transactions, l'acte de naissance... Dans la mesure où l'ignorance de

1. Nîmes, 16 mai 1927, précité.

2. Req., 22 juin 1927, D. P. 1928.1.91. rejetant un pourvoi formé contre Colmar, 9 février 1926, D. H. 1926.309.

la situation véritable est provoquée par l'observation de cet usage, elle est jugée excusable.

Il est également d'usage de ne pas réclamer du cocontractant la preuve que son titre n'est pas simulé ou n'a pas été le résultat d'une fraude. Cette exigence serait superflue, car celui à qui elle serait adressée refuserait, sans doute, d'y déférer. Il est encore impossible de se renseigner même en ayant recours aux sources les plus sûres, car des *usages* empêchent parfois certaines personnes de révéler la vérité (1).

En définitive, les résultats qui se dégagent de cette étude peuvent se ramener à ceci : toute qualification trop stricte de l'élément psychologique ne répond à aucune réalité juridique; à vouloir systématiquement s'en tenir aux cas d'espèces on risque, par contre, de n'arriver qu'à des considérations fragmentaires et sans aucune portée. Nous avons essayé de grouper autour de deux idées la plupart des décisions jurisprudentielles; nous croyons que cette classification a l'avantage d'être à la fois concrète et suffisamment générale, mais elle ne permet évidemment que d'obtenir une approximation; les cas d'espèces sont si nombreux et si divers que toute systématisation ne peut être que partielle.

1. « le notaire pouvait prendre, en plus, des renseignements, mais il ne les aurait pris comme c'est d'usage, que près de son confrère..., lequel n'aurait pas manqué de lui affirmer la régularité de toutes les opérations » Tr. civ. Avignon, 2 décembre 1925, *Gaz. Pal.*, 1926. 185

CONCLUSION

118. — Nous avons entrepris dans cette étude de faire ce qu'en navigation on appelle le « point ». Placé en face de nombreuses hypothèses dont le seul lien commun était de faire exception aux principes généraux, nous avons recherché en quoi consistaient exactement ces solutions, les raisons qui les avaient suscitées; et notre effort a surtout porté sur les conditions juridiques qui devaient être réalisées pour que fussent admises ces solutions. Ce n'est qu'incidemment que nous nous sommes hasardés à prévoir d'après ce qui est ce qui pourra être. Ces anticipations sont toujours dangereuses, surtout dans des questions en pleine évolution comme la théorie de l'Apparence.

Nous avons conçu cette tentative de synthèse comme un travail essentiellement réaliste; par suite, nous nous sommes attaché pas à pas aux décisions jurisprudentielles, ce qui nous a amené à ne pas toujours être aussi précis que nous l'aurons désiré; mais, en présence d'une théorie dont la plupart des cas d'application sont encore très récents, seules les grandes lignes importent; la finesse et l'harmonie du détail sont l'apanage des vieilles constructions juridiques universellement acceptées.

La théorie de l'Apparence s'est présentée à nous comme un phénomène de désagrégation de la loi. Plus les lois deviennent techniques, complexes, plus elles *se détachent*

des faits, plus la certitude des situations juridiques s'atténue. Le droit devient *relatif, essentiellement contingent*, ce qui est contraire à la notion même de la loi qui est faite d'*absolu*. La théorie de l'Apparence marque une tendance vers les *faits* et la réalité tangible; la loi passe au second plan et parfois même n'est plus appliquée.

Les auteurs se sont efforcés de fournir en certains cas des justifications abstraites des phénomènes d'Apparence. Mais il est nécessaire de généraliser la condamnation que M. le Doyen Gény porte contre toutes les théories qui ont été échafaudées pour expliquer la validité des actes de l'héritier apparent : « ... Pour défendre en quelque mesure cette validité que semblent réprouver les principes les plus sûrs de notre droit positif, tandis que l'imposent les besoins pratiques, à quels ingénieux concepts n'avait-on pas songé à faire appel!... Mais la subtilité ou l'invraisemblance de ces constructions n'en ont pas déguisé la vanité. Et tout compte fait, l'on s'est peu à peu accordé à placer exclusivement le débat sur le terrain des intérêts en conflit (1) ».

Ces échecs successifs s'expliquent d'ailleurs parfaitement; chaque hypothèse particulière en s'intégrant dans un tout complexe prend une signification nouvelle; elle réagit sur les hypothèses voisines et il s'établit une situation que ne pouvait révéler chacune d'elles prise séparément.

119. — Fallait-il rechercher la nature juridique de l'Apparence en général? Nous ne connaissons qu'une ten-

1. GÉNY. *Science et technique en droit privé positif*, t. III. Élaboration technique du droit positif, Paris, 1921, p. 200 et 201.

tative en cette voie et il ne nous semble pas que les résultats auxquels elle ait abouti soient bien encourageants (1). Elle a été inspirée par le souci de replacer l'Apparence dans le cadre d'une catégorie légale. « Notre préoccupation, dit M. Jonsco (2), a été de trouver à la théorie de l'Apparence du droit une justification qui repose le mieux sur les principes du code civil ». Or, l'exposé de M. Jonsco est extrêmement réticent; il commence par affirmer que « la notion de la simulation est intimement liée à celle de l'apparence, L'acte simulé est toujours apparent...

Cependant entre ces deux notions il y a une différence quant à leurs sources. La sphère de la notion d'apparence est plus large que celle de la simulation » (3). Cette dernière phrase semblerait indiquer que tout ce qui est apparent n'est pas nécessairement simulé; cependant nous lisons immédiatement après que « si entre l'apparence et la simulation il y a cette différence de contenu, *au point de vue de leurs effets vis-à-vis des tiers il n'y a plus aucune différence* » (4). L'auteur ne s'en est même pas tenu à cette théorie. Après avoir montré les avantages que comporte l'application de l'article 1321 quant à la protection des tiers il ajoute: « quant aux effets que l'apparence du droit peut produire ils sont ceux de la maxime *« error communis facit jus »* » (5). Cette nouvelle affirmation n'est pas sans jeter un certain trouble dans l'énoncé de la théorie; mais

1. JONSCO. *Les Effets juridiques de l'apparence en droit privé*, thèse (univ.) Strasbourg, 1927.

2. JONSCO, *op. cit.*, p. 125.

3. JONSCO, *op. cit.*, p. 120.

4. JONSCO, *op. cit.*, p. 120.

5. JONSCO, *op. cit.*, p. 125.

nous ne croyons pas utile de nous y attarder, car de l'ensemble de son étude il se dégage assez nettement que M. Jonesco a entendu assimiler l'apparence à la simulation; il écrit, en effet, cette phrase caractéristique qui précède immédiatement sa démonstration pratique : « à raison de cette similitude d'effets, l'article 1321 peut être étendu à toutes les hypothèses d'apparence » (1).

Nous ne pouvons admettre cette opinion. La simulation, en effet, repose essentiellement sur un accord de volonté intervenu entre le titulaire véritable d'une situation juridique et celui qui va en devenir le titulaire apparent. Au sens technique du mot, la simulation ne peut consister qu'en cet accord de volonté. Or dans l'énumération dont M. Jonesco appuie sa théorie nous relevons des cas où, de toute évidence, cet accord ne peut exister : il en est ainsi dans les hypothèses de capacité apparente, ou de domicile apparent : une seule et même personne intervient, mais avec des qualités juridiques factices.

Qu'en ces hypothèses, il y ait simulation, soit! Mais encore faudrait-il bien s'entendre sur l'acception des mots. Il y a simulation au sens courant du mot, au sens de tromperie, mais non point au sens technique ordinairement admis, et que nous avons signalé à l'instant. La simulation, telle qu'elle se dégage de l'article 1321 (C. civ.) même très largement entendu, constitue certes un cas d'Apparence, mais toute l'apparence ne peut être ramenée à la simulation parce qu'elle n'implique pas nécessairement un accord entre les deux titulaires d'une situation juridique. Nous n'en voulons qu'un exemple : la non-revendica-

1. JONESCO, *op. cit.*, p. 122.

tion des titres nominatifs crée un cas d'apparence; il est cependant impossible d'y retrouver la notion de simulation telle qu'elle est conçue dans la technique; il est impossible de trouver entre le titulaire véritable et le titulaire apparent une entente préalable. Nous pourrions poursuivre la même démonstration en bien d'autres hypothèses : quand il y a paiement sur chèque faux, il y a bien apparence; il y a certes tromperie, mais comment découvrir une simulation; au cas de fraude pure et simple, il n'y a certes pas simulation de la situation bien que l'apparence de la situation ne saurait faire de doute...

Les auteurs modernes qui se sont occupés de la question ont d'autre part implicitement reconnu que l'Apparence ne pouvait être ramenée à une catégorie légale préexistante (1). M. P. Esmein écrivait récemment « L'idée d'Apparence se présente comme un moyen pour protéger contre la rigueur du droit en validant un acte nul une personne qui s'est trompée de bonne foi. Seulement, pour qu'une personne soit digne de cette protection, il ne suffit pas qu'elle soit de bonne foi, il faut qu'elle ne soit pas trompée par négligence. Plus précisément elle doit prouver pour établir sa bonne foi que les apparences justifiaient l'opinion qu'elle s'était faite ».(2) C'est en peu de mots la synthèse de l'étude que nous avons effectuée; l'Apparence ne peut avoir avec aucune autre notion une commune mesure; ceci pour la raison extrêmement simple qu'elles

1. P. ESMEIN, *note* au S. 1921.1.313, sous Req., 28 juillet 1919 et 26 avril 1921; SAVATIER, *note* au D. P. 1924.2.9, sous Tr. civ. Seine, 3 mai 1922; VOIRIN, *note* au D. P. 1929.2.81, sous Bordeaux, 10 décembre 1928.

2. P. ESMEIN, *note précitée*.

ont l'une et l'autre des buts différents et qu'elles font appel à des moyens sans aucune analogie. Il ne nous paraît pas inutile de rappeler à ce propos que la stipulation pour autrui avant de devenir une notion première fut expliquée, « encadrée » par plusieurs autres notions, successivement abandonnées. Nous ne pensons pas qu'en matière d'apparence l'évolution soit aussi lente.

La tentative d'explication de M. Jonesco restera sans doute isolée. Les études qui, par la suite, dégageront plus complètement la notion d'apparence en feront, vraisemblablement, une théorie indépendante et se suffisant à elle-même.

.

120. — Bien souvent, des exposés, ayant trait à des questions aussi controversées que celle que nous avons étudiée, se terminent par un appel au législateur. Nous ne nous conformerons pas à cette tradition pour plusieurs raisons, dont l'une suffira à elle seule. Si le législateur intervenait, ce serait sans doute pour consacrer l'Apparence. Mais, il ne pourrait qu'énoncer le principe en des termes aussi généraux que ceux qui se rapportent à la notion de faute civile. Seul, serait résolu un problème théorique de moins en moins discuté. Aussi le travail d'interprétation ne serait-il pas changé; il resterait à déterminer dans la pratique ce qu'est l'Apparence, tout comme il faut préciser ce qu'est la faute civile en chaque cas particulier.

C'est ce que nous nous sommes attaché à faire pour le moment présent. Nous avons, d'ailleurs, la ferme conviction que notre travail ne représente qu'un instant peut-

être très court de la théorie de l'Apparence; à certains indices, nous discernons que l'évolution va se précipiter et entraîner, sans doute, des modifications sensibles. Peut-être, les cadres que nous avons élaborés sont-ils assez généraux pour ne pas être brisés dès la première extension. S'il pouvait en être ainsi, notre effort n'aurait pas été vain et aurait reçu sa plus belle récompense.

Vu : le Professeur, Président de la thèse
PERREAU.

Vu : le Doyen de la Faculté,
H. NÉZARD.

Vu et permis d'imprimer,
Caen le 2 décembre 1930.
Pour Le Recteur,
Le Vice-Président du Conseil
de l'Université de Caen,
BLANC.

TABLE DES MATIÈRES

	N ^{os}	Pages
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.		VII
BIBLIOGRAPHIE		VIII

INTRODUCTION

Position du Problème	1 et 2	1
La Solution. L'Apparence. Ses effets généraux. Les difficultés qu'ils soulèvent.	3	5
Les procédés juridiques mis en œuvre pour faire entrer tous ces effets dans le cadre de la loi	4	10

PARTIE PRÉLIMINAIRE

LES FAITS. LES SOLUTIONS

CHAPITRE PREMIER

L'APPARENCE DANS LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

Le Principe <i>Nemo plus juris</i> et la réalité des droits de résolution	5 à 9	17 à 23
§ 1. — <i>Les Exceptions résultant de la loi.</i> . . .	9 à 12	23 à 30
La Loi du 23 mars 1855	9	23
article 958 (C. civ.)	10	25
article 1321 (C. civ.)	11	26
§ 2. — <i>Les Exceptions résultant de la Jurispru-</i> <i>dence</i>	12 à 16	30 à 50
I). La validité des Actes de l'Héritier appa- rent	12	03

	N ^{os}	Pages
II). L'action paulienne. Ses effets relatifs. .	13	33
III). L'action en déclaration de simulation. Ses effets relatifs.	14	37
IV). Les Vices du Consentement. Leur rôle dans la création d'une situation appa- rente.	15	45
Conclusion	15 bis	47

CHAPITRE II

L'APPARENCE DANS LA PROPRIÉTÉ MOBILIÈRE

SECTION I

Les Meubles corporels.

I) La règle <i>En fait de meubles possession vaut titre</i> .	16	50
II) Hypothèses de vol et de perte du meuble. . . .	17	51
III) Les titres au porteur. La Clause au porteur dans les créances civiles.	18	52
IV) Les bâtiments de rivière et les navires de mer. Immatriculation. Mutation en douane.	19	54

SECTION II

Les Meubles incorporels.

§ 1. — <i>Les Créances à Personne dénommée</i>	20 à 23	57 à 59
Cessions successives d'une même créance . . .	20	57
Païement au titulaire apparent du titre. . .	21	58
Délégation	22	59
§ 2. — <i>Les Titres nominatifs</i> . La non-revendication des titres nominatifs. .	23	59
§ 3. — <i>Les Créances à Ordre</i>	24 et 25	66 à 73
La clause à ordre. Ses origines. Ses effets . .	24	66
La clause à ordre en matière civile.	25	69

CHAPITRE III

LA REPRÉSENTATION APPARENTE

La Représentation apparente dans le Code civil, art. 2005, 2008 et 2009	26	73
La Tutelle de fait	27	74
Excès et Abus de Pouvoirs d'un gérant ou adminis- trateurs de société.	28	74
La loi du 7 mars 1925 et la théorie allemande du pro- curiste	28 bis	78

CHAPITRE IV

L'APPARENCE DANS LE DROIT DES PERSONNES

§ 1. — <i>Le Domicile apparent.</i>	29	81
§ 2. — <i>La Capacité apparente.</i>	30 et 31	82 à 86
La Validité des actes passés par un incapable.	30	82
La Capacité de la femme après la cessation non publiée d'une séparation de corps	31	84
§ 3. — <i>Le Mariage apparent. Le Concubinage; ses effets à l'égard des tiers.</i>	32	86
§ 4. — <i>Régime matrimonial apparent.</i>	33	90
CONCLUSION DE LA PARTIE PRÉLIMINAIRE	34	92

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DE L'APPARENCE

INTRODUCTION	35	93
------------------------	----	----

TITRE PREMIER

La Publicité et l'Apparence

CHAPITRE PREMIER

LA POSITION DU PROBLÈME

	N ^{os}	Pages
L'Importance des mesures de publicité dans la notion générale du formalisme	36 à 39	95 à 101
Les deux grandes catégories de Publicité. Leur rôle respectif dans la création d'une situation apparente. Plan définitif	39	101

CHAPITRE II

L'ABSENCE DE PUBLICITÉ

Le rôle de l'absence de publicité	40	103
Précisions sur l'absence de publicité au cas de transcription immobilière	41	104
Condition matérielle que doit réaliser le tiers en certaines hypothèses	42	106

CHAPITRE III

LA RÉALISATION DE LA PUBLICITÉ

SECTION I

La Publicité de Droit commun.

Son inefficacité en matière d'Apparence. Projet de réforme	43 et 44	108 à 111
--	----------	-----------

SECTION II

La Mesure de Publicité, Source d'Apparence.

Conditions rationnelles d'une mesure de publicité à force probante	45	111
Trois textes du Code civil (art. 958, 1240 et 1690)	46	112

	N ^{os}	Pages
Le Grand-Livre de la dette publique. Les Registres d'actionnaires et d'obligataires. Les Registres de soumissions de francisation.	47	113
Les textes de lois	48	114
L'article 6 de la loi des 16-24 août 1793. Son origine historique. Sa portée exacte.	49	115
L'article 36 (C. comm.). Ses origines. Son interprétation	50	123
L'article 17 de la loi de Vendémiaire au II. Ses origines. Mutation en Douane, mesure de police ou mesure de publicité	51	128

TITRE II

La Manifestation de Volonté et l'Apparence

INTRODUCTION.	52	131
-----------------------	----	-----

CHAPITRE PREMIER

L'INSTRUMENTUM : CONCRÉTISATION DE LA VOLONTÉ

SECTION I

Défaut de Forme et Absence de Mentions.

Forme non substantielle.	53	133
Forme substantielle	54 et 55	135 à 149
I) Réduction par conversion possible.	54	135
II) Réduction par conversion impossible.	55	138

SECTION II

Mentions fausses.

INTRODUCTION.	56	149
§ 1. — La Signature fausse	57 à 60	150 à 166
La conception classique de la signature.	57	150
Le mandat à la signature.	58	151
La Signature fausse. Son rôle dans les titres de circulation. Le chèque faux.	59	154

	N ^{os}	Pages
§ 2. — <i>La Cause faussée</i>	60	166
§ 3. — <i>L'Objet de l'obligation. Son paiement</i> . . .	61 à 64	169 à 173
Traite en blanc acceptée par le tiré	61	169
Modification du montant de la traite en cours de circulation:	62	171
Mention de paiement sur un acte de vente d'immeuble:	63	172

CHAPITRE II

LE CONSENTEMENT APPARENT

INTRODUCTION	64	173
------------------------	----	-----

SECTION I

Les Vices du Consentement.

§ 1. — <i>Dans les Obligations du droit commun</i> . . .	65 à 70	174 à 186
Position de la question. Élimination de la lésion. Conditions générales à réunir pour réaliser une situation apparente. . .	65	175
<i>L'Erreur</i> . Conditions spéciales:	66	175
Réalisation des conditions générales aux cas de violence et de dol.	67	177
<i>La Violence</i> . Conditions spéciales	68	178
<i>Le Dol</i> . Conditions spéciales.	69	180
§ 2. — <i>Dans les Titres à ordre</i>	70	181

SECTION II

La Fraude paulienne.

Eléments constitutifs de la fraude paulienne. . . .	71	186
---	----	-----

SECTION III

La Simulation.

INTRODUCTION.	72	189
§ 1. — <i>La Simulation dans les obligations du droit commun</i>	73 à 77	190 à 197

TABLE DES MATIÈRES

337

	N ^{os}	Pages
Position de la question.	73	190
Simulation de la nature d'un acte juridique	74	191
Simulation par interposition de personnes	75	194
Conclusion	76	196
§ 2. — <i>La Simulation dans les titres à ordre.</i>	77	197

CHAPITRE III

LA MANIFESTATION DE VOLONTÉ DÉTACHÉE DE SA CAUSE

Dans les titres juridiques jouant le rôle d'instruments monétaires	78	199
Dans d'autres opérations de crédit.	79	203

TITRE III

Situations apparentes

INTRODUCTION.	80	207
-----------------------	----	-----

CHAPITRE PREMIER

LA CAPACITÉ APPARENTE

SECTION I

La Capacité apparente en Droit commun.

La seule déclaration de volonté ne crée pas en principe de situation apparente	81	209
L'Apparence résulte de la difficulté de se renseigner. 82 et 83		210
L'Apparence de capacité provoquée par des manœuvres frauduleuses.	84	215

SECTION II

La Capacité apparente dans les Titres à ordre.

Position de la question. Les difficultés qu'elle soulève	85	219
--	----	-----

	N ^{os}	Pages
Acceptation d'une lettre de change par un mineur.		
Postdate.	86	220
Acceptation d'une lettre de change par la femme		
d'un commerçant, sans autorisation. Extension		
du mandat domestique.	87	221

CHAPITRE II

LES QUALITÉS APPARENTES

SECTION I

La Propriété apparente.

§ 1. — <i>La Propriété immobilière.</i>	88 à 92	226 à 236
Héritier apparent. Position de la question. .	88	226
Incidence possible de la loi du 31 décembre		
1917 (art. 755, C. civ.). Retour à la théorie		
d'Aubry et Rau.	89	227
Conditions générales à réunir pour qu'un		
individu soit héritier apparent.	90	229
Conditions spéciales au cas de dévolution tes-		
tamentaire	91	233
§ 2. — <i>La Propriété mobilière.</i>	92 à 96	236 à 246
Position de la question.		236
I). Le Meuble n'a été ni perdu ni volé . .	93 et 94	237 à 244
Possession <i>matérielle</i> de la chose. . . .	93	237
Possession de la chose <i>par titres repré-</i>		
<i>sentatifs</i> (connaissance, lettre de voi-		
<i>ture, warrant).</i>	94	238
II). Le Meuble a été perdu ou volé. Eléments		
spéciaux de la possession du vendeur . . .	95	244

SECTION II

La Représentation apparente.

Position de la question.	96	246
§ 1. — <i>Nomination irrégulière.</i>	97 et 98	246 à 249

	N ^{os}	Pages
Désignation du représentant par acte irrégulier	97	246
Gérant et administrateur de société nulle	98	248
§ 2. — <i>Exercice de pouvoirs excessifs ou abusifs.</i>	99 à 101	249 à 261
Limitation occulte apportée aux pouvoirs dé- terminés par des usages	99	249
Dépassement de pouvoirs commis par des administrateurs ou des gérants de société.	100	252
Complexité plus grande de la question sur les marchés extra-européens et internatio- naux. Importance de la personnalité du représentant	101	257
§ 3. — <i>La Concubine. Mandataire de l'association pseudo-matrimoniale.</i>		
Les faits qui donnent à la concubine la qua- lité apparente de femme mariée.	102	261
Appendice. Le Domicile apparent	103	264

DEUXIÈME PARTIE

L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE DE L'APPARENCE

INTRODUCTION.	104	266
-----------------------	-----	-----

PRÉLIMINAIRES

En principe, seule la croyance d'un tiers ayant traité à titre onéreux peut être prise en consi- dération	105	267
---	-----	-----

CHAPITRE PREMIER

LA CONNAISSANCE DE LA SITUATION VÉRITABLE

INTRODUCTION.	106	274
La Connaissance de la fraude paulienne.	107	274
La Connaissance des exceptions inopposables	108	276

	N ^{os}	pages
La connaissance de l'acte non publié supplée-t-elle l'absence de publicité	109	280
<i>Premier système</i> : la mesure de publicité ne peut être supplée	110	281
<i>Deuxième système</i> : la connaissance de l'acte non publié remplace la mesure de publicité.	111	285
<i>Système transactionnel</i> . Théorie dite du concert frauduleux	112	297

CHAPITRE II

L'IGNORANCE DE LA SITUATION VÉRITABLE

INTRODUCTION.	113	304
Position de la question.	114	304
Des termes : bonne foi, erreur commune, erreur invincible.	115	305
Rôle de l'erreur de droit en matière d'Apparence . .	116	312
L'erreur de fait excusable. Les critères.	117	315

CONCLUSION

Le rôle de l'Apparence	118	322
Nature juridique de la notion d'Apparence.	119	323
Intervention éventuelle du législateur	120	327

